

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Rahvusvahelise ja Euroopa õiguse õppetool

Lise-Lotte Lääne

**RASKUSTES OLEVA ÄRIÜHINGU ERAND KOONDUMISTE
KONTROLLIS**

Magistritöö

Juhendaja
PhD (õigusteadus) Carri Ginter

Tartu
2012

SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	3
I RASKUSTES OLEVA ÄRIÜHINGU ERANDI OLEMUS JA ALUSPÕHIMÕTTED	6
1.1. Raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsiooni olemus	6
1.2. Raskustes oleva äriühingu erandi praktilised eesmärgid ja kriteeriumid.....	9
II KAUSAALSUSE PUUDUMISE PRINTSIIP („LACK OF CAUSALITY“)	20
2.1. Kausaalsuse puudumise („ <i>lack of causality</i> “) printsiip raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamisel.....	20
2.2. Raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumid kausaalsuse puudumise printsiibi valguses.....	24
2.3. Kausaalsuse puudumise printsiibi relevantsus	30
III MAJANDUSLIKU TÕHUSUSE PRINTSIIP („EFFICIENCY“)	33
3.1. Majandusliku tõhususe („ <i>efficiency</i> “) printsiibi arvestamine raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamisel	33
3.2. Raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumid majandusliku tõhususe argumendi valguses	39
3.3. Raskustes oleva äriühingu üksuse erand („ <i>Failing division defence</i> “)	45
IV SOTSIAALSED TEGURID	48
4.1. Sotsiaalsete teguritega kui ühiskonna heaoluga arvestamine raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsioonis.....	48
4.2. Raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumid sotsiaalsete tegurite argumendi valguses	52
4.3. Sotsiaalsete teguritega arvestamise relevantsus	55
KOKKUVÕTE	60
Lisa 1.....	65
Juhis Eesti Vabariigis tegutsevatele ettevõtjatele raskustes oleva äriühingu erandile tuginemiseks.....	65
Failing Firm Defence (Abstract)	71
KASUTATUD KIRJANDUS.....	76
A. Erialakirjandus	76
B. Õigusaktid	77
C. Konkurentsorganite ja kohtute praktika	78

SISSEJUHATUS

Ühinemised ja ülevõtmised on äriühingute jaoks suhteliselt tavaliseks strateegiliseks võimaluseks säilitada oma majandustegevuse kasumlikkus ja jätkusuutlikkus. Konkurentsioiguslik regulatsioon, eelkõige koondumiste kontrolli kaudu, ei võimalda siiski viia läbi koondumisi, mis võivad avaldada negatiivset mõju turu konkurentsistruktuurile või konkurentsi tõhusale toimimisele. Eriti hoolikalt kontrollivad konkurentsioorganid horisontaalse mõjuga koondumisi, mis võivad tuua kaasa turgu valitseva seisundi tugevnemise või lausa monopoli tekkimise. Aja jooksul on siiski kujunenud erinevad argumendid, millele tuginedes on lubatud viia läbi ka koondumine, mis üldise koondumise regulatsiooni järgi ei oleks lubatud. Üheks enim kõneainet tekitavaks printsiibiks on raskustes oleva äriühingu erand koondumiste kontrollis (ingl k *failing firm defence*) (edaspidi nimetatud ka **FFD**).

FFD annab võimaluse arvestada koondumise osalise majanduslike raskustega, kui need on piisavalt olulised. Printsiibi peaideeks on, et üldiste konkurentsioiguslike reeglite järgi lubamatule koondumisele antakse luba põhjusel, et üks koonduvatest äriühingutest on sedavõrd tõsisest majanduslikes raskustes, et koondumise toimumiseta äriühing pankrotistuks ja selle varad väljuksid turult. Sisuliselt eiratakse koondumise kahjustavat mõju, et vältida suuremat kahju – „*lesser of two evils*“ („kahest halvast parema“) põhimõte. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 179)

FFD printsiibi kujunemise peamiseks aluseks on olnud erinevate asjaolude kaalutlemise vajadus koondumiste kontrollis ja arusaam, et üksnes juriidilised ranged reeglid ei taga ühiskonnas toimivate suhete parimat ja efektiivsemat lahendamist. Vajalik on arvestada regulatsiooniväliseid seisukohti ja arusaamu, sh majandusteaduslikke põhistusi. Raskustes oleva äriühingu erandi kujunemise alguseks võib lugeda USA-s, 1930. aastal *International Shoe Co v FTC* kaasuses USA Ülemkohtu poolt tehtud otsust. Nimetatud otsuses märkis USA Ülemkohus ühe võimaliku koondumise lubatavuse alusena asjaolu, et üks koondumise osalistest suure tõenäosusega kaob turult ilma koondumise toimumiseta. (*International Shoe Co v FTC* 1930) Seeläbi tekkis raskustes oleva äriühingu erand, mis jõudis 20. sajandil ka Euroopa konkurentsioiguse praktikasse. Just nimelt praktika käigus konkreetsetes kaasustes sõnastatud kriteeriumid on nüüdseks vähemal või rohkemal määral jõudnud ametlikesse konkurentsioiguse aktidesse.

Euroopa Liidus on FFD kohaldamise kriteeriumid sätestatud horisontaalsete ühinemiste hindamise suunistes (2004/C 31/03) (edaspidi nimetatud ka **Suunised**) ja USA-s 2010. aastal vastuvõetud Horizontal Merger Guidelines's (edaspidi nimetatud ka **US Guidelines**). Nimetatud konkurentsioiguse aktides on FFD kohaldamise kriteeriumid määratletud suhteliselt kitsalt ja täpselt, mistõttu on kerkinud üles küsimus FFD kontseptsiooni kasutamise ulatusest ja võimalusest praktikas. Seda eriti hiljutise majanduskriisi valguses, alates millest muutus raskustes oleva äriühingu erandi kasutamise võimalus koondumiste kontrollis üha aktuaalsemaks.

Käesoleva magistritöö peamiseks eesmärgiks on analüüsida raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsiooni koondumiste kontrollis, tuvastades erandi õiguslikud alused ja rakendamise eeldused ning kontrollides erandi rakendamise kooskõla konkurentsioiguse aktides sätestatud kriteeriumitega. Analüüsi tulemusena lahendab magistritöö küsimuse, kas Euroopa Liidu Suunistes sätestatud raskustes oleva äriühingu erandi regulatsioon koondumiste kontrollis on kooskõlas erandi praktilise kasutamisega ja nimetatud kontseptsiooni eesmärkidega.

Eesmärgini jõudmiseks on magistritöö üles ehitatud praktika ja konkurentsioiguse aktides sätestatu võrdlemisele, sealjuures on oluline roll Euroopa ja USA regulatsioonide ning praktika võrdlemisel. Nagu eelnevalt märgitud, pärineb raskustes oleva äriühingu erand USA kohtupraktikast ning Euroopa on FFD kujundamisel lähtunud suures osas USA-s väljakujunenud kriteeriumitest. Seega võimaldab USA ja Euroopa praktika ja regulatsioonide võrdlemine tuvastada raskustes oleva äriühingu erandi aluspõhimõtteid ja eesmärke, et jõuda kontseptsiooni parima võimaliku tõlgendamiseni.

FFD kontseptsiooni igakülgselt analüüsimiseks tuleb magistritöös esiteks selgitamisele, millised on põhimõtted ja üldprintsipid, millest lähtuvad konkurentsistituutsioonid ja kohtud praktilises koondumiste kontrollis. Teiseks analüüsin, kas ja kui võrd on nimetatud üldpõhimõtete arvestamine FFD kohaldamise üle otsustamisel õigustatud Suunistes sätestatud kriteeriumite järgi. Magistritöö eesmärgi saavutamiseks on oluline välja tuua peamised raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamisega seonduvad problemaatilised kohad kehtivas konkurentsioiguses, kuid samas pakkuda ka omapoolseid võimalusi kehtiva regulatsiooni parendamiseks ning muutmiseks.

FFD doktriinile aktides kuju andmine on ühelt poolt igati positiivne, kui võrd annab kontseptsioonile legitiimsuse ja ettevõtjatele kindlustunde, et raskustes oleva äriühingu erandit tuleb selle esitamise korral igal juhul analüüsida. Samas on FFD kohaldamise kriteeriumid Euroopa Liidus kehtivas Suunistes sätestatud suhteliselt rangelt ja doktriini oluliselt kitsendades. Nimetatud kriteeriumite piirava iseloomu õigustatusesse tuleb

suhtuda skeptilisusega, kuivõrd konkurentsioiguse praktika taolist FFD kontseptsiooni ranget piiratust pigem ei tunnista.

Nimelt on üldises koondumiste kontrollis ja ka raskustes oleva äriühingu erandit kohaldades kujunenud kohtupraktikas kolm peamist üldprintsipi, mida arvesse võttes jäävad ranged õigusaktides sätestatud FFD kontseptsiooni kohaldamise kriteeriumid sageli tagaplaanile. Eelnimetatud printsiipideks on kausaalsuse puudumise („*lack of causality*“) printsiip, majandusliku tõhususe („*efficiency*“) printsiip ja sotsiaalsete teguritega arvestamise printsiip. Nimetatud põhimõtete arvestamine annab konkurentsiorganitele võimaluse hinnata koondumise lubatavust laiema vaatega, hõlmates nii sotsiaalsed, majanduslikud kui ka õiguslikud argumendid. Seeläbi on konkurentsiorganitel ja kohtutel võimalik jõuda ühiskondlikus plaanis põhjendatud lahendini, mis on ühtlasi üheks peamiseks FFD kontseptsiooni eesmärgiks.

Selge on, et üldised printsiibid ja konkurentsioiguse aktides sätestatud ranged kriteeriumid ei ole üks-üheselt kattuvad. Paratamatult tekib praktikas seetõttu konflikte õigusaktis sätestatud raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumite range kohaldamise ja üldisemate printsiipide kohaldamise vahel. Ühelt poolt peavad konkurentsiorganid suutma tagada koondumiste kontrolli reeglistiku järgimise ühetaoliselt ja kõigi ettevõtjate suhtes võrdselt, teiselt poolt võib selliselt kujuneda üldprintsipidega vastuolus või ühiskondlikult lausa kahjulik tulemus. Seega on peamiseks küsimuseks, kuidas muuta raskustes oleva äriühingu vastuväite kontseptsioon nii ühiskonna kui ettevõtjate jaoks tõhusamaks ja kuidas samal ajal vältida õigusliku kindlusetuse tekkimist koondumiste kontrolli osas.

Töö kirjutamisel olen suures osas tuginenud kohtupraktikale, et avada FFD praktilise kohaldamise ja Suunistes sätestatud kriteeriumite vastuolu või kooskõla. Sealjuures on analüüsitud nii Euroopa Liidu, Suurbritannia kui USA konkurentsiorganite ja kohtute praktikat. Samuti olen seisukohtade põhjendamisel tuginenud rahvusvahelises õigusteaduskirjanduses avaldatud raskustes oleva äriühingu spetsiifikat uurivatele publikatsioonidele ja FFD kontseptsiooni käsitlevale majandusteaduslikule kirjandusele.

Magistritöö praktilist väärtust silmas pidades olen töö lisana koostanud Eesti ettevõtjatele suunatud juhise raskustes oleva äriühingu erandile tuginemiseks koondumisele luba taotledes. Kuna praktikast ei ole teada raskustes oleva äriühingu erandi kasutamist Eestis tegutsevate ettevõtjate poolt, sisaldab lisa juhist vastuväite kasutamiseks nii Euroopa Liidu kui siseriiklikul tasandil. Juhise eesmärgiks on esiteks juhtida äriühingute tähelepanu FFD kasutamise võimalikkusele ja teiseks anda äriühingutele ülevaade olulisematest punktidest, millele tuleb FFD kontseptsiooni kasutades tähelepanu pöörata.

I RASKUSTES OLEVA ÄRIÜHINGU ERANDI OLEMUS JA ALUSPÕHIMÕTTED

1.1. Raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsiooni olemus

Raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsioon baseerub seisukohal, et kui üks koondumise osalistest on majanduslikult äärmiselt raskes olukorras, võib koondumine olla lubatud isegi juhul, kui konkurentsioiguse tavareeglite kohaselt tuleks koondumine keelata. Eelnimetatud FFD kontseptsiooni toetuseks peetakse majandusteaduslikku seisukohta, et tugeva konkurentsiga turgudel toovad koondumised pankrotistuvate äriühingutega tihti kaasa üldise heaolu kasvu, kas siis olemasoleva võimsuse optimaalsema kasutamise, võimsuse ümberpaigutamise, töökohtade säilitamise või muude sotsiaalsete eelistuste loomise kaudu. Lisaks võib olla majanduslikuks koondumise lubamise kasuks rääkivaks argumendiks mastaabisäästu suurenemine. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 111) Loetelu ei ole kindlasti täielik, sest konkreetsete kasutegurite kvaliteet ja paljusus sõltub koonduvate äriühingute ning asjaomase turu iseloomust ja omapärast. Seda enam ei tohi majanduslikke argumente alahinnata ning eraldi tähelepanu tuleb pöörata koondumise keelamisega kaasnevatele negatiivsetele mõjudele.

Konkreetselt FFD kontseptsiooni toetavaks majanduslikuks argumendiks on seisukoht, et koondumise keelamine olukorras, kus koondumise osaliseks on raskustes olev äriühing, tooks lisaks konkurentsiolukorra muutumisele kaasa negatiivsed majanduslikud ja sotsiaalsed efektid. Seega, kuigi konkurentsiolukord muutuks paratamatult ka koondumise läbiviimisel, kaasneks sellega vähem negatiivseid üldisi mõjusid. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 111) Seetõttu ei ole, elementaarseid majanduslikke alustõdesid arvestades, mõistlik keelata koondumine üksnes rangete juriidiliste reeglite ettekäändel ning üksnes konkurentsiolukorra halvenemise argumendile tuginedes. Selliselt võiksid täiesti põhjendamatult jääda arvestamata kõik eelloetletud kasutegurid ja hüved. Nii on üsna selge, et FFD kontseptsioon on kujunenud ettevõtjate ja ühiskonna kui terviku huve silmas pidades, teenides eesmärki kasutada olemasolevaid ressursse võimalikult ökonoomselt ning vältides ühiskonnale sageli koormavaid pankrotimenetlusi.

Sellegipoolest on sageli tõstatatud küsimus, kas üksnes taolised majandusteaduslikud argumendid ikkagi õigustavad kõrvalekaldumist konkurentsioiguse aluspõhimõtetest. Seda enam, et kasutegurite objektiivne hindamine on sageli äärmiselt raskendatud kui mitte

võimatu, sest reaalsed elu mõjutavaid tegureid on võrreldamatult rohkem kui mudelipõhises hindamises on võimalik ette näha. Hoolimata mitmetest FFD printsiibi kohaldamise kasuks rääkivatest asjaoludest, ei saa unustada, et konkurentsivõimelikkud piirangud eelkõige horisontaalsetele konkurentsile kahjustavatele koondumistele on kehtestatud läbimõeldult ning nii poolt- kui vastuargumente kaaludes. Seetõttu ei tohi eirata asjaolu, et pankrot on tegelikkuses loomulik ettevõtluse arengu osa ning iga hinna eest ebaefektiivselt toimiva äriühingu päästmine ei saa olla konkurentsivõimelikkuse tavapäraseks eesmärgiks, eriti kui paratamatult kaasnevad sellega ka negatiivsed mõjud turu tõhusale toimimisele.

Raskustes oleva äriühingu koondumisega kaasnevate konkurentsivastaste tagajärgedena on nimetatud muu hulgas ülevõtva äriühingu kiiret ja soodsat võimalust siseneda uuele turule; ülevõtva äriühingu tootmisvõimsuse suurenemist; uute konkurentide turule sisenemise takistamist ja horisontaalse või vertikaalse turujõu suurenemist. (Blum 1974-1975, 85) Loomulikult ei kaaluks äriühingud koondumise läbiviimist, kui koondumine ei oleks neile kasumlik – küsimus on aga selles, kas koondumine on vähemalt mingilgi määral kasulik turule ja ühiskonnale tervikuna ehk kas koondumise positiivsed küljed ületavad koondumisega kaasnevaid negatiivseid tagajärgi. FFD kontseptsiooni puhul on selle põhjendatuse osas avaldatud üsna vastuolulisi seisukohti.

William Baxter, kunagine USA justiitsministeeriumi konkurentsiosakonna jurist on lausa leidnud, et mida rohkem FFD doktriini peale mõelda, seda vähem mõistlikum see tundub. Baxter põhjendas oma seisukohta eeskätt argumendiga, et enamikul FFD kohaldamise juhtudest ei ole tegelikkuses olnud tegemist olukorraga, kus oleks olnud oht, et produktiivsed varad kaoksid ilma koondumiseta üleüldse turult. Seega on just kui põhjendamatu lubada konkurentsipõhimõtetega vastuolus olevat koondumist üksnes seetõttu, et vältida äriühingu pankrotistumist, kuivõrd pankrot on osa loomulikust ettevõtluse arengust: „*Produktiivsed varad ei kao maa pealt ja seega ei ole ühtki konkreetset põhjust eeldada, et ükski põhjendatud töökohtadest oleks kadunud või ühiskond tingimata kahjustatud.*“¹ (Baxter 1981-1982, 248)

Baxteri seisukohaga tuleb osaliselt nõustuda – nagu eelnevaltki märgitud, ei saa konkurentsivõimelikkuse ega ühiskonna eesmärgiks olla igal juhul äriühingute pankrotistumise vältimine. Ettevõtluskeskkonnas peabki toimuma loomulik äriühingute uuenemine vanade kadumise ja uute konkurentsivõimelisemate ettevõtjate tekkimise kaudu. Samas võib selline pankrotioht sageli tabada ettevõtjaid, kes kuni enne majanduslikesse raskustesse sattumist olid

¹ W.F. Baxter: „[...] the productive assets do not disappear from the face of the earth, and there is no particular reason to suppose that in any aggregate sense jobs are lost or communities necessarily disrupted.“

innovaatilisemate ja ühiskonna seisukohalt olulisemate ettevõtjate hulgas. Selliste ettevõtjate turult kadumine toob paratamatult kaasa suure kasu kao ning ressursside raiskamise.

Enamasti küll varad turult täielikult ei kao ja tootmise võivad mingil hetkel võtta üle uued ettevõtjad, kuid vahepealne kaotatud aeg on kurnav nii töökoha kaotanud inimestele kui heaolus kaotanud ühiskonnale tervikuna, rääkimata võlausaldajatest ja äriühingu omanikest. Seetõttu on kohtupraktikas ja ka erialakirjanduses leitud, et oluline on konkurentsiolekorra realistlik hindamine ning asjakohaste argumentidega arvestamine. (J. McDavid 1980-1981, 247)

Siiski on FFD kontseptsiooni kohaldamise senises praktikas järgitud suhteliselt ranget poliitikat ning printsiipi on kohaldatud üksnes väga erandlikel juhtudel. Erandi kasulikud küljed on sageli jäänud põhjendamatult tähelepanuta, sest keskendutakse üksnes koondumisega kaasnevatele konkurentsivastastele tagajärgedele, kuid mitte nendele negatiivsetele tagajärgedele, mis järgnevad juhul, kui koondumisele luba ei anta. (Blum 1974-1975, 86) Just olukordade tõttu, kus on piisavalt tõendatud, et koondumise keelamine oleks kas ühiskonna seisukohalt või konkurentsi seisukohalt kahjulikum kui koondumise lubamine, on õigustatud FFD doktriini olemasolu konkurentsioiguses.

FFD doktriini olemasolu vajalikkuse kasuks räägib ka asjaolu, et nimetatud kontseptsioon on püsinud nii USA kui Euroopa konkurentsioiguse praktikas juba aastakümneid, olles nüüdseks selgesõnaliselt ka konkurentsioiguse aktidesse sätestatud. USA-s on FFD kohaldamise kriteeriumid sätestatud 2010. aastal vastuvõetud Horizontal Merger Guidelines's, Euroopa Liidus on FFD kohaldamise tingimused sõnastatud horisontaalsete ühinemiste hindamise suunistes (2004/C 31/03) ja detsembris 2008 sõnastas OFT (*Office of Fair Trading*) uuesti eraldiseisvad suunised FFD kohaldamise kohta Suurbritannias (edaspidi nimetatud ka **OFT'i suunised**). FFD doktriini konkreetne õigusaktides sätestamine annab kontseptsioonile legitiimsuse ja loob ettevõtjate jaoks õiguskindluse raskustes oleva äriühingu erandi arvestamise osas. Samas on FFD kohaldamise kriteeriumid konkurentsioiguse aktide tasandil sätestatud suhteliselt rangeloomuliselt, kitsendades doktriini olulises ulatuses.

Põhjendamatu doktriini kitsendamine ei teeni erandi eesmäärke ning võib suisa välistada doktriini kohaldamise võimalikkuse. Eriti arvestades asjaolu, et FFD-d kohaldatakse niigi vaid väga erandlikel juhtudel ja et tõendamiskoormus FFD kohaldamise taotlemisel on koondumise osalistel. (Roth ja Rose 2010, 772) Eeltoodut arvesse võttes on seda enam oluline analüüsida FFD kontseptsiooni probleemistikku üldisemaid printsiipe silmas pidades. Seejuures tuleks lähtuda ideest, et ka koondumiste kontrolli läbiviimisel tuleks FFD doktriini kohaldamisel arvestada eelkõige nimetatud kontseptsiooni alusideede ja –põhimõtetega.

Seetõttu peaks koondumiste kontrollis FFD printsiibi kohaldamisel olema konkurentsiorganitel võimalus hinnata koondumise lubatavust nii sotsiaalseid, majanduslikke kui ka õiguslikke argumente arvestades. Kuigi õiguslikult täpne regulatsioon on oluline õiguskindluse ja võrdse kohtlemise põhimõtete valguses, ei tohi samas unustada, et õigus peab reguleerima ühiskonnas eksisteerivaid suhteid ulatuses, mis kaitseks võimalikult parimal moel üldisi huve. Seetõttu tuleb jaatada diskretsiooni rakendamise võimalikkust konkurentsioiguses, sh koondumiste kontrollis. Kaalutusotsuste kaudu on konkurentsiorganitel ja kohtutel võimalik langetada valikutest parim otsus. Isegi, kui see tähendab FFD kohaldamise näol „*kahest halvast parima*“ („*lesser of two evils*“) põhimõtte rakendamist.

Eeltoodu pinnalt ei ole imekspandav, et FFD kontseptsioon on üldjoontes välja kujunenud eelkõige konkurentsiametite ning kohtu poolt loodud praktika kaudu ning ka õigusaktides sätestatud ranged kriteeriumid üritavad peegeldada just praktikas juurdunud põhimõtteid. Nii on välja joonistunud FFD kohaldamise peamised eesmärgid ning kriteeriumid, mille täitmisel on konkurentsiametid või kohtud pidanud õigustatuks koondumise lubamist FFD printsiibile tuginedes.

1.2. Raskustes oleva äriühingu erandi praktilised eesmärgid ja kriteeriumid

FFD doktriini sätestamise õigusaktides tingis nimetatud erandi rakendamine kohtupraktikas ja seeläbi tekkinud vajadus kindlaks määrata konkreetsemad kriteeriumid FFD kohaldamiseks. Samas on FFD kohaldamine siiani suuresti sõltuv eelkõige praktikas kujundatavatest prevaleeruvatest seisukohtadest ja argumentidest. Seetõttu tuleb õigusaktides sätestatud FFD kriteeriumite õigustatuse analüüsimiseks esmalt selgitada, millised on FFD kontseptsiooni praktikas väljakujunenud tingimused.

FFD kohaldamise praktika ajalugu ulatub aastasse 1930, kui USA Ülemkohus aktsepteeris raskustes oleva äriühingu erandit kaasuses *International Shoe Co v FTC*. Kohus asus kaasuses seisukohale, et koondumist keelav säte (*Clayton Antitrust Act*'i artikkel 7²) ei kohaldu juhul, kui äriühingud koonduvad üksnes investeerimise ja mitte konkurentsi kahjustamise eesmärgil. Kaasuses tõi kohus koondumist õigustavate asjaoludena välja, et (1) ülevõetav äriühing oli majandusliku laostumise lävel („*financial ruin*“) ja et (2) puudusid vähem konkurentsi kahjustavad ning samal ajal äriühingut laostumisest päästvad alternatiivid. (International Shoe

² *Clayton Antitrust Act* oli USA konkurentsioiguse akt, mis võeti vastu 1914. aastal ja mis reguleeris konkurentsioiguses keeltavaid kokkuleppeid ja ettevõtjate koondumisi.

Co v FTC 1930) Seeläbi loodigi sisuliselt FFD doktriin – võimalus arvestada koondumist õigustava asjaoluna koondumise osalise majanduslikult kehva olukorraga.

FFD kujundamine *International Shoe Co v FTC* kaasuses oli kantud kohtu seisukohast, et konkurentsioiguse eesmärgiks on takistada üksnes selliseid koondumisi, kus konkrents kahjustub olulisel määral („*to a substantial degree*“), s.t kui koondumine on avalikkuse jaoks kahjuliku mõjuga („*will injuriously affect the public*“). (*International Shoe Co v FTC* 1930) Seega võib *International Shoe Co v FTC* kaasuse pinnalt loetleda esimesed FFD kohaldamise kriteeriumid: 1) äriühingu majanduslikult raske olukord; 2) alternatiivide puudumine ja 3) avalikkuse huvidega arvestamine. Nimetatud tingimustest ilmneb, et juba FFD kontseptsiooni kujunemise algaasis pidas kohus oluliseks ühiskonna üldiste huvidega arvestamist.

Peaaegu nelikümmend aastat pärast *International Shoe Co v FTC* kaasust selgitas USA Ülemkohus FFD argumenti kaasuses *Citizen Publishing Co v United States*. Nimetatud kaasuses rõhutas kohus, et FFD-d kohaldatakse üksnes juhul, kui on tõendatud, et (1) ülevõetav äriühing on otseses ja vältimatus likvideerimise ohus; (2) raskustes oleval äriühingul ei ole ühtki realistlikku väljavaadet edukale reorganiseerimisele; ja (3) ei ole ühtki elujõulist alternatiivset ostjat, kes avaldaks konkurentsiolekorrade vähemkahjulikku mõju. (*Citizen Publishing Co v United States* 1969) Kohus panustas antud kaasuses eelkõige majandusliku olukorra lootusetuse tõendamisele, mitte niivõrd konkurentsiolekorra või kasutegurite analüüsimisele.

Citizen Publishing Co v United States kaasusest hakkasid kujunema FFD doktriini rangemad ja kitsamad kriteeriumid, mis on aluseks tänapäevasele raskustes oleva äriühingu erandi regulatsioonile USA konkurentsioiguses (US Guidelines's). (Correia 1996, 685) Tuleb märkida, et üksikutel kohtuotsustel põhinenud piiravate tingimuste muutmine FFD kohaldamise reegliteks, on iseenesest vastuoluline ainuüksi seetõttu, et kaasuses kujundatud kriteeriumid lähtuvad ennekõike konkreetse kaasuse asjaoludest ning nende laiendamine kontseptsioonile tervikuna nõuab sügavat läbimõtlemist ja kaalutlemist.

Siiski on Euroopa Liit sarnaselt USA-le lähtunud FFD tingimuste sõnastamisel konkreetsete kaasuste pinnalt praktikas kujunenud kriteeriumitest ning ka Euroopa Liidus rakendati esmakordselt FFD doktriini suhteliselt USA-le sarnase, s.t range lähenemisega. FFD kontseptsiooni esmased kriteeriumid sõnastati Euroopa Liidus *Kali und Salz* kaasuses, kus analüüsiti koondumist potase (kaaliumkarbonaadi) tootmise turul, mille tulemusena saavutas koondumise osaline monopoolse seisundi asjaomasel turul (*Kali und Salz/MdK/Treuhand* 1994). Komisjon kiitis koondumise heaks, rõhutades, et restruktureerimise kulud oleksid

suuremad kui koondumise kulud. *Kali und Salz* otsuses sõnastas Komisjon kolm kriteeriumit, mille täitmise korral lubatakse koondumine FFD alusel: (1) ülevõetav äriühing väljuks lähiajal turult, kui seda ei võetaks üle teise äriühingu poolt; (2) ülevõtja võtaks nii või teisiti üle turult väljuva äriühingu turuosa; ja (3) ei ole ühtki vähem konkurentsi kahjustavat alternatiivi.

Nagu ilmneb eeltoodust, siis erinesid Euroopa Liidus sõnastatud esialgsed FFD kriteeriumid mõneti USA-s kujunenud kriteeriumitest. Esimene tingimus on küll sarnase sisuga – äriühing peab olema majanduslikes raskustes, kuid USA sõnastus rõhutab otsest likvideerimise ohtu, samal ajal Euroopa Liidu lähenemine nõuab turult väljumise fakti kindlaks tegemist. Erinevus on arvatavasti tingitud asjaolust, et USA sidus FFD kohaldamise juba alguses suures osas pankrotimenetlusega ja seega sisaldub viide likvideerimisele esimeses tingimuses eesmärgiga lihtsustada äriühingu raske majandusliku olukorra tuvastamist pankrotiregulatsioonist lähtudes. Eeltoodud järeldust kinnitab *Citizen Publishing Co v United States* kaasuses sõnastatud teine FFD kohaldamise tingimus, kus viidatakse äriühingu reorganiseerimise võimatusele, mis on samuti pankrotiõiguslikult relevantseks küsimuseks. *Kali und Salz* lahendis sõnastatud teine kriteerium ei maini äriühingu ümberorganiseerimise võimatust. Seevastu nõuab kriteerium, et raskustes oleva äriühingu poolt varasemalt hõivatud turuosa hõivatakse pärast koondumist täies ulatuses ülevõtja poolt.

Kolmas FFD kohaldamise kriteerium on nii *Citizen Publishing Co v United States* kui *Kali und Salz* kaasuses analoogiline, nõudes alternatiivsete lahenduste puudumist. Hoolimata kolmanda kriteeriumi samasusest, on selge, et FFD kohaldamise kriteeriumite sõnastamine ei ole juba selle kujunemise algusest olnud USA ja Euroopa lõikes ühetaoline. Kriteeriumite erinemine viitab ühelt poolt kontseptsiooni laiale ulatusele, kuid teisalt asjaolule, et kontseptsiooni õigusaktis sõnastamine, mis hõlmaks doktriini mõtte ja eesmärgi ning tagaks ühiskondlikult aktsepteeritavate lahendusteni jõudmise, ei pruugi olla võimalik üksikute rangete tingimuste sõnastamise kaudu.

Siiski on just *Citizen Publishing Co v United States* ja *Kali und Salz* kaasuses sõnastatud kriteeriumitele tuginetud FFD kohaldamise täpsete tingimuste sätestamisel õigusaktides ning lähtunud kohtupraktikas nii Euroopa Liidus kui USA-s.

Sellisel on FFD kohaldamise esmaseks kriteeriumiks, et koondumise osaliseks oleva äriühingu majanduslik olukord peab olema äärmiselt kehv. USA kohtupraktikas tähistatakse nimetatud tingimust väljendiga „*imminent business failure*“ (otsetõlge „*paratamatu äriiline läbikukkumine*“). See tähendab, et FFD kohaldamiseks peab raskustes olev äriühing olema

majanduslikult niivõrd kehvast olukorras, et ilma koondumise toimumiseta väljuks äriühing turult viivitamatult. USA kohtud on tingimust tõlgendanud, lähtudes *International Shoe Co v FTC* kaasuses paika pandud tingimustest, kui „väga suurt tõenäosust, et äriühing pankrotistub“. (McDavid 2010, 18) Kriteerium tõstatab samas küsimuse, kui kehv on kehv nimetatud tingimuse mõttes. Suure tõenäosusega võib liigse pankrotieelse seisundi tagaajamine päädida äriühingu majandusliku olukorra halvenemisega seisundini, kus ei ole enam võimalik säilitada varasid selliselt, et see edendaks konkurentsi ja kaitseks töötajaid, ühiskonda ning äriühingu omanikke. (Correia 1996, 687)

Üheks piisavaid majanduslikke raskusi tõendavaks kriteeriumiks on praktikas peetud asjaolu, et äriühing väljuks ilma koondumiseta turult. USA kohtupraktikas on leitud, et äriühingu väljumine turult ei ole tõenäoline näiteks juhtudel, kus äriühing on kasumlik (*Greater Buffalo Press, Inc 1971*) (*FTC v University Health, Inc 1991*). Samuti ei ole majanduslikud raskused piisavad, kui äriühingul on suures ulatuses lühiajalisi kohustusi, kuid äriühing on siiski veel maksejõuline ja suudab opereerida isegi kasumlikult (*FTC v Food Town Stores, Inc 1976*) või kui äriühing on saanud küll suure kahjumi, kuid on maksejõuline ning võimeline võtma laenu (*United States v Pabst Brewing Co 1969*). Samas jätavad taolised hinnangud täiesti kõrvale küsimuse, kas reaalselt äriühingu tegevus on võimalik ka tulevikus ja missugust mõju omavad hetkelised raskused lähitulevikule.

Ebaõiged hinnangud äriühingute majanduslikule olukorrale võivadki olla tingitud asjaolust, et need baseeruvad suuresti üksnes olevikul. Samas on praktikas hinnatud ka äriühingute majanduslikku olukorda perspektiivis. Näiteks leidis kohus kaasuses *Papercraft Corp*, et äriühingut ei saa pidada tõsistes raskustes olevaks, kuna äriühing omas väljavaateid kasumi teenimiseks. Nimetatud kaasuses oli äriühingu igapäevane opereerimine kahjumlik ja eksisteerisid tõsised juhtimisprobleemid, kuid käive oli samas küllaltki suur ning äriühingul oli piisavalt varasid, et äritegevust ümberkujundada. (*Papercraft Corp 1971*)

Ka asjaolu, et äriühingu kasum on languses või et äriühing kannab konkreetset ajahetkel suurt kahju, ei ole küllaldaseks tõendiks tõsiste majanduslike raskuste kohta (*Citizen Publishing Co v United States 1969*) (*F&M Schaefer Corp v C Schmidt/Sons, Inc 1979*). Samamoodi ei näita äriühingu tõsiseid raskusi kehvast juhtimisest tingitud probleemid, mida on võimalik ületada, (*United States v American technical Indus, Inc 1974*) või võtmetöötaja surm (*Crown Zellerbach Corp v FTC 1961*). Lisaks ei ole piisavaks tõendiks asjaolu, et äriühingul puudub kapital äriühingu moderniseerimiseks (*Greater Buffalo Press, Inc 1971*) või et äriühingu vahendid on vananenud (*Dean Foods Co 1966*).

Ebapiisavaks on peetud ka väiteid, et elujõulise äriühingu juhatus kavatseb äriühingu likvideerida või ärist taandada (*Heattransfer Corp v Volkswagenwerk* 1977) (*Erie Sand & Gravel Co v FTC* 1961) (*United States v Phillips Petroleum Co* 1973). Euroopa Liidu praktikas ei peetud *Newscorp/Telepiù* kaasuses asjaolu, et juhatus on hoidnud äriühingut toimivana üksnes koondumise ootuses, piisavaks tõendiks selle kohta, et äriühing tingimata koondumise mittetoimimisel turult väljub. Samas andis Euroopa Komisjon eelnimetatud kaasuses koondumisele siiski loa, võttes muu hulgas arvesse koondumise osaliste kroonilisi majandamisprobleeme ja Itaalia turu iseärasusi. Näiteks viitas Komisjon muuhulgas asjaolule, et 2002. aastal oli Itaalia Konkurentsiamet andnud loa sarnasele koondumisele, mis siiski jäi ühe koondumise osalise loobumise tõttu ära. Nii lubatigi koondumine isegi hoolimata asjaolust, et Komisjon ise märkis, et koondumine toob kaasa monopolilähedase olukorra kujunemise Itaalia tasulise televisiooni turul ja et Newscorp omandab võimaluse takistada nii tegelike kui potentsiaalsete konkurentide sisenemist turule. (*Newscorp/Telepiù* 2003)

Seega aktsepteeris Komisjon FFD kohaldamist sisuliselt ilma ühegi olulise FFD kohaldamise kriteeriumi täitmiseta. Taoline praktika viitab jällegi FFD kontseptsiooni paindlikkusele ning kriteeriumite lahtisele loetelule.

Nii tundub, et FFD kohaldamise kriteeriumid ei ole piiratud *Citizen Publishing Co v United States* või *Kali und Salz* kaasuses nimetatud kolme tingimusega – FFD kohaldamine nõuab laialdasemat analüüsi ning väga paljude erinevate argumentidega arvestamist. Argumentide mitmekülgne hindamine peaks teenima peamist konkurentsioiguse ja koondumiste kontrolli eesmärki – tagada tõhus konkurents turul. Seda enam, et konkurentsiasutused ise tunnistavad, et koondumistel on potentsiaali luua olulisi hüvesid, võimaldades olemasolevate varade paremat kasutamist, tagades tootmiskulude alanemise või toodete kvaliteedi paranemise, mida äriühingud ilma koondumiseta ei oleks saavutanud. (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 4)

Samavõrra, kui on võimalik leida praktikast näiteid, kus tõsiste majanduslike raskuste kriteeriumit kohaldatakse rangelt, võib praktikast välja tuua kaasuseid, kus kriteeriumi kohaldamine on äärmiselt leebe või lausa kõrvale jäetud. Lisaks eelnevalt mainitud *Newscorp/Telepiù* kaasusele, võib näitena välja tuua *Andreseni kaasused* (vt käesoleva töö lk 17-18). Eelnimetatud juhtudel on konkurentsioorganid ja kohtud lähtunud üksnes kergete majanduslike raskuste olemasolust või tuleviku äärmiselt kehvadest perspektiividest.

Eeltoodu põhjal tuleb järeldada, et *Citizen Publishing Co v United States* ja *Kali und Salz* kaasustes välja toodud kriteerium äriühingu tõsiste majanduslike raskuste kohta ei ole

praktika põhjal üheselt sõnastatav, kuivõrd nii konkurentsiorganid kui kohtud on aldis rakendada kriteeriumit juhtumipõhiselt erineval moel ja asjaoludega arvestavalt.

Kui esimese *Citizen Publishing Co v United States* kaasuses sõnastatud FFD kontseptsiooni kriteeriumi osas ei ole üheselt mõistetav, kust jookseb piir raskustes oleva ja mitte raskustes oleva äriühingu vahel, siis tekitab veelgi enam küsitavusi eelnimetatud kaasuses sõnastatud teine tingimus. Nimelt leidis kohus *Citizen Publishing Co v United States* kaasuses, et FFD kohaldamiseks peab äriühingu reorganiseerimine mistahes ümberkujundamise kaudu olema võimaliku.

Nimetatud kriteerium nõuab just kui äriühingu mistahes reorganiseerimise võimaluste välistamist. *Citizen Publishing Co v United States* kaasuses pidas kohus silmas äriühingu võimetust end reorganiseerida pankrotimenetluse raames, mis eeldab konkurentsiorgani võimet määratleda väga täpselt äriühingu potentsiaal võimalikus pankrotimenetluses. Erialakirjanduses on leitud, et nimetatud kriteerium on lausa käsitamatu ja ebareaalne, kuivõrd reorganiseerimise edukust on võimaliku ette ennustada. (Correia 1996, 687)

FFD doktriini *Citizen Publishing Co v United States* kaasuses sõnastatud kolmanda tingimuse täitmiseks on USA kohtud nõudnud, et ei eksisteeriks alternatiivseid konkurentsi vähem kahjustavaid ostjaid („no other available purchasers“). Sealjuures on oluliseks loetud, et raskustes olev ettevõtja otsiks ise aktiivselt alternatiivseid ostjaid. (Greater Buffalo Press, Inc 1971) (Golden Grain Macaroni Co v FTC 1972) (FTC v Harbour Group Investments 1990) (United States v Black & Decker Mfg Co 1976) (United States v M P M, Inc 1975) (Retail Credit Co 1978) (United States v Culbro Corp 1981) Raskustes olev äriühing peab näitama, et ta viis läbi hästi planeeritud ja põhjaliku tootmisvaldkonna uuringu, et leida üles elujõulised alternatiivsed partnerid konkreetse koondumise puhuks. (United States v Pabst Brewing Co 1969)

Näiteks kaasuses *Calnetics Corp v Volkswagen* ei kohaldata FFD-d, sest leiti, et äriühing ei kasutanud investeerimispankuri teenuseid, et leida teisi potentsiaalseid ostjaid. (Calnetics Corp v Volkswagen 1972) Samas, kui ettevõtja teeb tõsiseid ja heauskseid pingutusi, et kindlustada ostja olemasolu, siis loevad kohtud, et kriteerium on täidetud. (McDavid 2010, 19)

2009. aastal aktsepteeris Föderaalne Kaubanduse Komisjon (edaspidi nimetatud **FTC**)³ haigla Scott & White Healthcare koondumist King's Daughters haiglaga raskustes oleva

³ *The Federal Trade Commission.*

äriühingu erandi alusel, sest alternatiivne ostja (Seton Family of Hospitals) keeldus tulevikuperspektiivi puudumise tõttu haiglat ostmast. (Fina ja Mehta 2011, 3) Oluline on koondumise osaliste poolt näidata, et alternatiive on otsitud, kuid nende puudumine ei jäta muud võimalust kui koonduda just konkreetse äriühinguga. Alles hiljuti, s.o 2011. aastal, aktsepteeris justiitsministeeriumi konkurentsivõimaluste osakond (edaspidi nimetatud **DOJ**)⁴ suuräriühingu Hercules Offshore, Inc. poolt Seahawk Drilling, Inc. 172 miljoni dollarilist omandamist. Seda tänu asjaolule, et ülevõtja Seahawk Drilling, Inc. viis läbi põhjalikud analüüsid leidmaks koondumisele võimalikke alternatiive, sh investoreid ja varade müügi võimalusi, et ületada likviidsusraskused. (Fina ja Mehta 2011, 4)

Praktika pinnalt tuleb nentida, et *Citizen Publishing Co v United States* kaasuses sõnastatud kolm kriteeriumit on vähemal või rohkemal määral alati FFD kohaldamise juures tähtsust omavateks tingimusteks. Iseasi, kui rangelt või leebelt konkurentsiamet või kohus on valmis neid kohaldama. Igal juhul analüüsitakse, kas koonduv äriühing on majanduslikes raskustes (nimetatud kriteeriumi arvetsamise vajadus tuleneb juba FFD doktriini nimest), kas äriühingul ei ole võimalik oma tegevust mistahes teisel moel reorganiseerida ja kas puuduvad alternatiivsed ostjad. Kuigi nimetatud kriteeriumid võivad kujutada endist küll olulisemaid kriteeriume, ei ole eeltoodud loetelu kindlasti ammendav ning FFD kohaldamise puhul arvestatakse veel mitmete teiste tingimuste ja asjaoludega.

Euroopa Liidus FFD kontseptsiooni osas fundamentaalset tähtsust omav kaasus *Kali und Salz* seadis üheks FFD kohaldamise kriteeriumiks ülevõtja poolt omandatava äriühingu turuosa täieliku ülevõtmise tingimuse. Euroopa Kohus rõhutas, et FFD-d saab kohaldada juhul, kui konkurentsistruktuur muutub nii koondumise lubamise kui mittelubamise puhul sarnaselt. Erialakirjanduses on leitud, et niisugune kohtu seisukoht oli liialt piirav, kuivõrd lubas sisuliselt koondumise kaudu monopolide tekkimise, kuid mitte vähem kontsentreeritud turgude tekkimise. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 118) Euroopa Kohtu eelnimetatud seisukoht tundub seda piiravam, kuivõrd Euroopa Komisjon oli *Kali und Salz* asjas tehtud omapoolses otsuses tõlgendanud FFD doktriini tunduvalt laiemalt. Komisjon rõhutas nimelt seda, et kui koondumine viib turgu valitseva seisundi tekkimiseni või tugevnemiseni, peab see aset leidma selliselt, et see tekitaks konkurentsile võimalikult vähe kahju. See tähendab, et pankrotistuva ettevõtja mistahes osaline võõrandamine, mis vähendaks konkurentsile tekkivat kahju, tuleb läbi viia. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 117) Seega oli Komisjoni otsuses tähelepanu suunatud konkurentsile tekkiva üldise kahju hindamisele, mitte niivõrd turustruktuuri range säilitamise vajadusele.

⁴ *The Antitrust Division of the Department of Justice*

Euroopa Kohtu poolt *Kali und Salz* kaasuses sõnastatud range kriteerium ei teeninud ilmselgelt FFD kontseptsiooni peamist ideed – võimaldada majanduslike raskuste olemasolul koondumine, kui konkurents ei kahjustu rohkem kui koondumise mittetoimumise korral. Turuosa ülevõtmise nõue seadis koondumise lubatavuse sõltuvusse üksnes formaalsete turuosade säilimisest.

Eelnimetatud vastuolu kõrvaldamise vajadus tuli selgelt välja *BASF/Eurodiol/Pantochim* kaasuses, kus muudeti oluliselt *Kali und Salz* kaasuses moodustatud kriteeriume. (BASF/Eurodiol/Pantochim 2002) Nimelt omandas BASF koondumisega 70% turust, kuid Komisjon lubas koondumise läbi viia põhjusel, et ülevõetavad ettevõtjad olid majanduslikes raskustes ja et koondumisel on konkurentsi vähem kahjustav mõju kui selle mittetoimumisel (ettevõtjate turult väljumisel). Seoses *Kali und Salz* lahendis sõnastatud kolme kriteeriumiga, tuleb esile tõsta, et kolmanda kriteeriumi (turuosa täielik ülevõtmine) osas väitis BASF, et ei ole oluline, et ülevõtja peaks hõivama kogu ülevõetava ettevõtja turuosa, piisab mingisugusest osast. Komisjon nõustus BASF'i eelnimetatud väitega ja asus seisukohale, et ei ole vaja, et BASF omandaks kogu turuosa, mis oli enne Eurodioli ja Pantochimi all. Argumendiks oli, et *Kali und Salz* lahendis sõnastatud kriteerium ei ole sobiv puhkudeks, kus turul ei teki monopoolset seisundit. *Kali und Salz* kriteerium, et ülevõtja peab omandama ülevõetava turuosa, muudeti kriteeriumiks, et ülevõetava varad peaksid turult väljuma, kui koondumine aset ei leiaks. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 126-128) Niisugune kriteeriumi muutumine kaasuste lõikes näitab ilmekalt, et kuigi mistahes tingimus võib konkreetse juhtumi kontekstis tunduda sobima ka kontseptsiooni üldprintsipiibiks, võib iga järgmine kaasus muuta tekkinud arusaama.

BASF/Eurodiol/Pantochim kaasuses leidis Komisjon, et ei ole oluline turuosa ülevõtmine, vaid asjaolu, et raskustes olevate ettevõtjate varad oleksid väljunud kindlasti turult, kui koondumist ei oleks lubatud. Varade turult väljumine oleks tõenäoliselt viinud turutingimuste märkimisväärse halvenemiseni ja tarbijate heaolu vähenemiseni. Nende elementide vältimine oli Komisjoni arvates raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsiooni mõttes sama oluline kui see, et ülevõtja omandaks kogu ülevõetava turuosa. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 124-126) Seega prevaleeris *BASF/Eurodiol/Pantochim* kaasuses FFD doktriini peaidee – lubada koondumine, mis on turule kasulikum kui koondumise mittetoimumine. *Kali und Salz* kaasuses sõnastatud formaalne turuosade kriteerium hüljati just reaalelulistel kaalutlustel, mis näitab, et FFD doktriini baasidee ei saa olla rangete juriidiliste kriteeriumite sõnastamine, vaid pigem konkurentsi ja ühiskonna üldisi huve teeniva kontseptsiooni väljatöötamine.

Komisjon võttis *BASF/Eurodiol/Pantochim* kaasuses arvesse iseloomulikke ja erakorralisi asjaolusid, sh kohest pankrotti koondumise mittetoimumise puhul, alternatiivsete pakkumiste puudumist, vältimatut varade turult väljumist, suure kapitali vajadusega tootmisüksusi, majandusharu võimsuse piiranguid ja nõudmise mitte-elastsust. Komisjon rõhutas, et oluliseks on eelkõige põhjusliku seose puudumine koondumise ja konkurentsiolukorra halvenemise vahel, mida saab jaatada üksnes siis, kui konkurents oleks halvenenud ka juhul, kui koondumist ei oleks aset leidnud. (BASF/Eurodiol/Pantochim 2002) *Kali und Salz* ja *BASF/Eurodiol/Pantochim* kaasusi võrreldes on selgelt näha FFD kontseptsiooni arenemist praktika kaudu ning oluliste nüansside väljajoonistumist. Formaalsete kriteeriumite sõnastamisest liiguti raskustes oleva äriühingu kontseptsiooni majanduslike asjaolude ning eesmärkidega sisulise kooskõlastamise poole.

Sisuline majanduslik argumentatsioon on aja jooksul asunud FFD kohaldamisel mängima üha suuremat rolli. Olulisena tuleb välja tuua *Andreseni* kaasuste roll FFD kohaldamise praktikas. Kaasused said alguse USA-s lahvatanud Enroni skandaalist⁵, mille tagajärjel vähenes auditifirma Andresen Worldwide majanduslik võimekus drastiliselt. See tõi kaasa olukorra, kus üks maailma viiest suurimast auditifirmast lagunes ning tema varad sooviti ülejäänud nelja tipp-auditifirma poolt üle võtta. Koondumiste lubatavuse küsimus lahendati mitmes erinevas kaasuses: *Deloitte&Touche/Andresen UK*, *Ernst&Young/Andresen Germany* ja *Ernst&Young/Andresen France*.

Nimetatud kaasused lahendati küll FFD doktriinile tuginedes, kuid sisuliselt FFD kriteeriumite täitmist ei uuritudki, vaid keskenduti kausaalsuse küsimusele. Komisjon viis läbi uurimise, mille tulemusel selgus, et auditifirma Andresen Worldwide ei olnud enam suuteline täitma oma kohustusi firmade ees. Nii leidis Komisjon *Deloitte&Touche/Andresen UK* otsuses, et koondumisele ei eksisteeri vähem konkurentsi kahjustavat alternatiivi, st konkurentsi halvenemise ja koondumise vahel puudub põhjuslik seos. Auditibüroode poolse argumentatsiooni faabulaks oli asjaolu, et Andresen Worldwide ei ole enam nii või teisiti tippauditibüroo ning seega väheneb kontsentratsioon tipp-auditifirmade turul olenemata koondumisest. Andresen Worldwide varade arvel uue suure auditifirma loomise võimalus välistati põhjusel, et Andresen Worldwide majanduslik nõrgenemine toimus äärmiselt kiiresti ning ettevõtte oli kaotamas olemasolevaidki kliente. *Deloitte&Touche/Andresen UK* otsuses rõhutas Komisjon, et isegi kui Andresen UK saaks jätkata kui iseseisev ettevõtja, siis näitab

⁵ Märkus. Enroni skandaali peetakse üheks USA ajaloo suurimaks finantspettuseks, mis avastati 2001. a ja mille käigus Enron Corporation'i juhatus, kaasates oma tegevusse ühe viiest maailma suurimast auditifirmast – Andresen Worldwide –, lõi äriühingu majanduspildist nii aktsionäridele kui võlausaldajatele ebaõige ettekujutuse, tekitades aktsionäridele lõppastmes miljarditesse dollaritesse ulatava kahju.

turuanalüüs, et ta ei suudaks pakkuda enam arvestatavat konkurentsi suurtele auditifirmadele. (Deloitte & Touche/Andresen (UK) 2002)

Ka *Ernst&Young/Andresen France* ja *Ernst&Young/Andresen Germany* kaasustes rõhus Komisjon kausaalsuse puudumisele kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise ja koondumise vahel. (Ernst & Young France/Andresen France 2002) (Ernst & Young/Andresen Germany 2002) Seega rõhuti kõigis kolmes kaasuses asjaoludele, et esiteks on turukontsentratsiooni muutumine globaalsete raamatupidamiskontsernide turul vältimatu ja teiseks ei ole koondumine konkurentsile rohkem kahjulik kui teised võimalikud stsenaariumid, arvestades kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise riskiga. Alternatiivsete stsenaariumite osas märkis Euroopa Komisjon, et kui koondumine ei leiaks aset, siis oleks ainult kaks võimalikku alternatiivset stsenaariumit: Andresen võetakse üle mingi teise suure auditifirma poolt või ükski koondumine ei leiaks aset ja olemasolevad kliendid võetaks üle ülejäänud „suure nelja“ auditeerimisfirma poolt. (Deloitte & Touche/Andresen (UK) 2002) Samas ei kaalunud Komisjon varianti, et varasemad Anderseni kliendid võiksid valida pärast Andreseni likvideerimist väiksemad audiitorbürood. Selliselt piiras Komisjon oluliselt turul eksisteerivaid võimalusi ja tegelikkuses võttis ise vastu turgu reguleeriva otsuse, et audiitorteenuste osutamine on efektiivseim „suure nelja“ kaudu. Seeläbi muutus lihtsamaks ka FFD kohaldamine ning kausaalsuse puudumise tuvastamine.

On märkimisväärne, et kuigi Andreseni kaasustes ei olnud ükski ettevõtja koondumise hetkel tõsistes majanduslikes raskustes, võttis Komisjon arvesse *Kali und Salz* kriteeriume eelkõige kausaalsuse puudumise põhimõtte raamides ja andis loa koondumisteks põhjusel, et puudus kausaalsus koondumise ja konkurentsi halvenemise vahel. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 128-129) Eeltoodu pinnalt saab jällegi tuua välja, et majanduslike raskuste olemasolu kriteerium ei ole üheselt tõlgendatav ning FFD kohaldamisel tuleb eelkõige kindlaks teha, et koondumine ei oleks konkurentsiolukorra halvenemise põhjuseks, vaid et konkurents halveneks ka koondumise toimumiseta. Konkurentsiolukorra ja koondumise vahelise kausaalsuse puudumise tuvastamine on seega üheks järjekordseks oluliseks FFD doktriini kriteeriumiks.

Samas, nagu ka teiste FFD kohaldamise kriteeriumite puhul, on praktikas ka kausaalsuse küsimus jäetud mõnel juhul otseselt käsitlemata. Nimelt ei viidanud Euroopa Komisjon *Pirelli/Edizione Holding/Blu* kaasuses FFD-le või kausaalsuse puudumisele, kuid kohaldas siiski mõningaid alusprintsiipe analüüsides kriteeriumit „no worse scenarios“ („mitte hullemad stsenaariumid“). Nimetatud kaasuses oli tegemist olukorraga, kus Itaalia üks

suurimaid mobiilsideoperaatoreid (Blu), kes oli tõsistes majanduslikes raskustes, jagati väiksemateks osadeks ning jaotati teiste mobiilsideoperaatorite vahel ära. (Pirelli/Edizione Holding/Blu 2001) Märkimist väärib, et sisuliselt alternatiivseid ostjaid ei otsitud ega analüüsitud, kas Blu varad oleksid pankroti korral kindlasti turult väljunud. Komisjon otsustas Blu jagamise kasuks põhjusel, et mittejagamine oleks toonud konkurentsile kaasa suurema kahju. (Baccaro 2004, 18) Arvatavasti ei olekski olnud võimalik Blu varade väljumine turult ja seega range FFD kohaldamine ning seetõttu oli jällegi kõige olulisemaks konkurentsile ja ühiskonnale laiemalt tekkiva kahju vältimise ehk tavapärase majanduslikult hinnatava kahju hindamise küsimus.

Eeltoodust nähtub selgelt, et FFD praktilised eesmärgid on kantud ideest leevendada konkurentsioiguslikke piiranguid olukordades, kus ühiskonna majanduslikest huvidest lähtuvalt on konkurentsipiirangute kohaldamine kahjumlikum nende kohaldamata jätmisest. Kuigi *Pirelli/Edizione Holding/Blu* kaasuses otseselt kausaalsuse puudumise printsiibile ei viidatud, saab kaasusest ikkagi välja lugeda laiemat „*kausaalsuse standardi*“, mis seisneb selles, et võrreldakse koondumisega ja koondumiseta kaasnevaid stsenaariumeid ja kui koondumiseta kaasneks enam kahju tekitav tulemus, siis ongi tuvastatud kausaalsuse puudumine koondumise ja konkurentsi halvenemise vahel. Taoline kausaalsuse test on praktikas muutunud üha rohkem majanduslikuks ja vähem juriidiliseks.

Vincenzo Baccaro, endine Euroopa Komisjoni majandusspetsialist, on avaldanud arvamust, et praktika näitab Euroopa Komisjon pragmaatilist lähenemist ning Komisjoni valmisolekut arvestada reaalselt turusituatsiooni ja tootmisvaldkonna üldist pilti nii majanduslikku elujõulisust kui ka konkurentide hulka arvesse võttes. (Baccaro 2004, 17) Nii kausaalsuse standardi kui FFD kohaldamisel on fookus koondumisejärgse olukorra ja koondumiseta saabuva olukorra vahelisel võrdlemisel, mitte juriidiliste aspektide rõhutamisel seoses koondumise ja selle kaudu turgu valitseva positsiooni tugevnemisega. (Baccaro 2004, 22) Seda kas või *Andreseni* ja *Pirelli/Edizione Holding/Blu* kaasuste näitel, kus Komisjon hindas eelkõige turu kontsentratsiooni ja turu arenguvõimalusi, mitte üksnes konkreetse ettevõtja turuosa suurenemist. Selliselt on kausaalsuse puudumise printsiibi kõrval kujunenud ühtlasi majandusliku tõhususe („*efficiency*“) kriteeriumi arvestamine FFD kohaldamisel. Nii *Andreseni* kui *Pirelli/Edizione Holding/Blu* kaasuste puhul oli selgelt peamiseks küsimuseks, milline on parim variant üldise konkurentsiolekorra ja ühiskonna jaoks tervikuna. Seeläbi on eraldiseisvaks FFD doktriini kriteeriumiks kujunenud ühiskonna sotsiaalsete huvidega arvestamine. Vajadus arvestada avalikkuse huvidega sõnastati juba *International Shoe Co v*

FTC kaasuses, kus USA Ülemkohus asus seisukohale, et koondumine peaks olema keelatud üksnes juhul, kui koondumine on ühiskonnale kahjulik (vt käesoleva töö lk 10).

Eeltoodu põhjal joonistuvad praktikas välja kolm olulist argumenti, mida hinnatakse FFD kohaldamisel ja mis otseselt ei ole FFD doktriini kohaldamise rangeteks kriteeriumiteks õigusaktide järgi: kausaalsuse puudumine („*lack of causality*“), majanduslik tõhusus („*efficiency*“) ja sotsiaalsed tegurid.

II KAUSAALSUSE PUUDUMISE PRINTSIIP („*LACK OF CAUSALITY*“)

2.1. Kausaalsuse puudumise („*lack of causality*“) printsiip raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamisel

Nagu eelnevalt märgitud, on praktikas kerkinud esile kolm printsiipi, millele tuginedes konkurentsiorganid või kohtud annavad raskustes olevat äriühingut sisaldavale koondumisele loa isegi juhul, kui FFD ametlikud kriteeriumid ei ole täidetud. Esimene ja esmapilgul ka oluliseim nimetatud printsiipidest on kausaalsuse puudumise ehk „*lack of causality*“ printsiip.

„*Lack of causality*“ ehk kausaalsuse puudumise printsiip kujutab endast põhimõtet, et koondumine ei ole konkurentsi kahjustav, kui konkurentsiolekorra halvenemine ei ole põhjuslikus seoses koondumisega. Kuigi kausaalsuse puudumise printsiip ei sisaldu Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kriteeriumite loetelus, on printsiip sätestatud Suuniste punktis 89, mis on ühtlasi esimene punkt „Raskustes oleva äriühingu“ peatükis: „*Komisjon võib otsustada, et muidu problemaatiline ühinemine võib sellest hoolimata olla ühisturuga kooskõlas, kui üks ühinevatest osapooltest on raskustes olev äriühing. Põhinõue on, et ühinemisele järgneva konkurentsistruktuuri nõrgenemise põhjuseks ei saaks pidada ühinemist. See puudutab olukorda, kus turu konkurentsistruktuur nõrgeneb vähemalt samal määral ka siis, kui ühinemist ei toimuks.*“

Seega on kausaalsuse puudumise printsiip just kui FFD doktriini kandev printsiip, millest on tuletatud Suuniste punktis 90 loetletud FFD kohaldamise kitsamad kriteeriumid. Suuniste punktis 90 sätestatud tingimused peaksid kindlustama kausaalsuse puudumise printsiibi täitmise kitsamate tingimuste täitmise kaudu, kuid paraku on printsiip oma olemuselt tunduvalt laiemapinnalisem kui kolm punktis 90 nimetatud kriteeriumit lubaksid arvata.

Seetõttu ongi praktikas kujunenud olukord, kus kitsaste FFD kohaldamise tingimuste asemel, analüüsitakse laiemaid kriteeriume, sh sotsiaalsete tegurite, majandusliku tõhususe ja kausaalsuse puudumise printsiipe.

Andreseni kaasustes aktsepteeriti koondumised nii Suurbritannias, Prantsusmaal kui ka Saksamaal suures osas kausaalsuse puudumise printsiibile tuginedes. *Deloitte&Touche/Andresen UK* kaasuses leidis Euroopa Komisjon, et taotletav koondumine ei ole konkurentsiolekorradele rohkem kahjustav kui võimalikud teised stsenaariumid seoses kollektiivsest turgu valitsevast seisundist tuleneva riskiga. Sarnasele seisukohale asus Euroopa Komisjon ka analoogsetes Saksamaal (*Ernst & Young/Andresen Germany 2002*) ja Prantsusmaal kaasustes (*Ernst & Young France/Andresen France 2002*). (vt käesoleva töö lk 17-18)

Isegi Euroopa Liidus kohaldatava FFD kontseptsiooni ja kriteeriumite alustalaks peetavas *Kali und Salz* kaasuses tugineti suures osas kausaalsuse puudumise printsiibile. Euroopa Kohus, lahendades Prantsusmaa kaebust Euroopa Komisjoni otsusele, leidis, et Komisjoni poolt sõnastatud kriteerium turuosade täpse ülevõtmise kohta oli just nimelt vajalik selleks, et tuvastada kausaalsuse olemasolu või puudumine koondumise ja koondumisejärgse konkurentsiolekorra vahel. (*Kali und Salz 1998*) (vt käesoleva töö lk 16) Baccaro leiab, et kuigi Euroopa Kohtu põhjendused erinesid mõneti Euroopa Komisjoni argumentatsioonist, möönis Euroopa Kohus nimetatud kaasuses, et Komisjoni poolt sõnastatud FFD kriteeriumite eesmärk ja olulisim aspekt FFD kontseptsiooni juures on tuvastada, et konkurents ei kahjustaks koondumise toimumisel rohkem kui koondumise mittetoimumisel. (Baccaro 2004, 14) Seega jaatati juba *Kali und Salz* kaasuses kausaalsuse puudumise sisulist ülimuslikkust FFD kriteeriumite suhtes.

Kausaalsuse puudumise printsiibi prevaleerimine õigusaktides sätestatud rangete FFD tingimuste ees on seletatav FFD kontseptsiooni laiemal eesmärgil. FFD kujunemine praktikas oli eelkõige kantud ideest, et võimaldada konkurentsiolekorradele aktsepteerida koondumisi, mis tavaregulatsiooni kohaselt oleks vastuolus konkurentsireeglitega, kuid mis tegelikkuses on nii konkurentsiolekorradele kui ühiskonnale lõppastmes kasulikud kui koondumiste mittetoimumine. Tegelikkuses võiks iga koondumise hindamisel, isegi juhul kui pooled ei tugine konkreetsetele FFD-le, arvestada kausaalsuse puudumise printsiibiga ning langetada koondumise osas lubav või keelav otsus, tuginedes laiemale hinnangule koondumise mõjude osas. Paraku võib asjaolu, et FFD kohaldamise kriteeriumid on nüüdseks otsesõnu õigusaktides sätestatud, luua mulje, et FFD kohaldamine on rangelt piiritletud ning

mistahes tingimuse mittetäitmisel tuleb koondumine juriidiliste formaalselt sõnastatud kriteeriumite tõttu jätta lubamata.

Seetõttu ongi praktika kausaalsuse puudumise printsiibi kohaldamises olnud kohati ebajärjepidev. *Rewe/Meinl* kaasuses ei tõendanud pooled Euroopa Komisjoni arvates, et ülevõtmise ärajäämisel Meinl igal juhul lähitulevikus turult väljuks ja et turuosa hõivaks Rewe (*Rewe/Meinl* 1999). Komisjon hindas seega, kas koondumine võiks olla lubatud *Kali und Salz* kaasuses sõnastatud kriteeriumite järgi ning kuivõrd pooled ei täitnud nimetatud tingimusi, järeldas Euroopa Komisjon, et koondumine tugevdab turgu valitsevat seisundit ehk kahjustab oluliselt konkurentsi. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 123-124) Kausaalsuse puudumise printsiibi ideeks on samas just taolisi formaalsustele tuginevaid otsustusi vältida.

Üldiselt on Euroopa Liidus kausaalsuse puudumise printsiibiga arvestamine siiski tavapärane ning sageli on Euroopa Komisjon otsustanud koondumise lubatavuse üle ka otseselt kausaalsuse puudumisele või FFD kontseptsioonile viitamata, olgugi et Komisjoni otsustest kumab läbi kausaalsuse puudumise põhimõttega arvestamine. Näiteks *Pirelli/Edizione Holding/Blu* kaasuses (vt käesoleva töö lk 19).

Suurbritannia konkurentsikomisjon⁶ (edaspidi nimetatud **CC**) ja konkurentsiamet⁷ (edaspidi nimetatud **OFT**) on samuti korduvalt rõhutanud kausaalsuse puudumise printsiibi olulisust FFD rakendamise üle otsustamisel. Näiteks British Salt Ltd poolt New Cheshire Salt Works Ltd (NCSW) ülevõtmisele andis CC loa, leides, et koondumine ei kahjusta oluliselt konkurentsi, võrreldes alternatiiviga. Märkimisväärne on, et uurimise alguses oli CC hoopis vastupidisel seisukohal ning arvamust muudeti üksnes, tuginedes informatsioonile, et ilma koondumiseta lõpetavad NCSW aktsionärid nagunii äriühingu tegevuse. Samas ei kaalunud CC, kas NCSW turult väljumine ja tema klientide siirdumine teiste ettevõtjate juurde on tingimata konkurentsi kahjustavam kui koondumise toimimine või kas ka NCSW varad väljuvad turult. CC pelgalt mõõnis, et puudub kausaalne seos koondumise ja konkurentsi kahjustumise vahel ja et koondumine ei kahjusta konkurentsi oluliselt („*substantial lessening*“). (British Salt Limited and New Cheshire Salt Works Limited 2005) Seega oli olulisim just kausaalsuse puudumise argument ning CC jaoks ei olnud niivõrd oluline OFT'i suunistes sätestatud FFD kohaldamise tingimuste täitmine.

Õiguskirjanduses on välja toodud, et OFT on FFD rakendamisel tunduvalt rangem kui CC. Selleks, et OFT rakendaks FFD-d, peab ta olema veendunud, et äriühingu väljumine turult on vältimatu ja et ei eksisteeri alternatiivset tunduvalt vähem konkurentsi kahjustava mõjuga

⁶ *Competition Commission*

⁷ *Office of Fair Trading*

ostjat. CC on samas keskendunud küsimusele, mis juhtuks ilma koondumiseta ja kas konkurents kahjustuks koondumise toimumiseta vähem. (Parr, Cuninghame ja Johnsson 2011) Sellisest seisukohast võib järeldada, et CC paneb rõhku just kausaalsuse puudumise printsiibi kohaldamisele, mitte niivõrd rangete FFD kriteeriumite järgimisele.

Siiski näiteks otsuses *CdMG group of companies of Ferryways NV and Searoad Stevedores NV* võttis ka OFT eelkõige arvesse just kausaalsuse puudumise argumenti. OFT nimelt kaalus, kas on õigustatud tavapärastest kriteeriumitest kõrvalekaldumine ja hinnata koondumist eeldusel, et ülevõetav lõpetab kauplemise hoolimata koondumisest. Selles osas andsid tõendusmaterjali kolmandad isikud ja Ernst&Young poolt tehtud finantsanalüüs. OFT järeldas, et materiaalselt ei oleks tulemus kuidagi erinev – koondumisega või koondumiseta. (CdMG group of companies of Ferryways NV and Searoad Stevedores NV 2008) Seega analüüsis OFT koondumise mõju konkurentsiolukorrale, mitte niivõrd üksikuid FFD kriteeriume.

Seda, et CC hindab koondumisi eelkõige kausaalsuse puudumise printsiibist lähtuvalt, ilmestab CC 2005. aasta otsus asjas *James Budgett Sugars Ltd and Napier Brown Foods PLC*. CC leidis kaasuses, et JBS ei ole pankrotistuv firma ja et ta pakkus tugevat konkurentsi turul ka enne koondumist, mistõttu ei olnud võimalik kohaldada FFD-d. Lisaks leiti, et koondumine tooks kaasa tootevaliku vähenemise tarbijate jaoks, mis tähendab, et esmapilgul oli koondumine pigem konkurentsireeglitega vastuolus olev. Siiski viis CC läbi põhjaliku analüüsi turusituatsiooni osas ning leidis, et uus ettevõtja ei saaks pärast koondumist hindu ühepoolsest tõsta, sest alles jääb tugevat konkurentsi pakkuv konkurent – British Sugar and Tate & Lyle. Eeltoodule tuginedes andis CC koondumisele loa, leides, et koondumisel on turule üldiselt väike mõju ja et hinnad ei tõuseks koondumise toimumisel rohkem kui koondumise mittetoimumisel. (Napier Brown Foods plc/James Budgett Sugars Ltd merger inquiry 2005)

CC on koondumiste kontrollimisel suhteliselt liberaalne ning valmis arvestama erinevate asjaoludega, et teha otsus, mis oleks just suures plaanis parimaks lahenduseks. Siinjuures tuleb silmas pidada, et CC on organiks, kellel on oluliste koondumiste osas lõplik sõnaõigus. Nimelt on OFT kohustatud, välja arvatud teatud erandid⁸, suunama koondumiste kontrolli CC-le, kui esineb kahtlus konkurentsi kahjustava mõju osas. (Competition Commission) Seega võibki lõppkokkuvõttes koondumise üle otsuse langetamisel prevaleerida CC käsitus ja seeläbi kausaalsuse puudumise printsiip.

⁸ Märkus. OFT ei pea andma uurimist üle CC-le näiteks juhul, kui asjaomane turg on vähetähtis.

Sarnaselt Suurbritanniale peavad ka USA kohtud kausaalsuse puudumise printsiipi oluliseks. Seda tõendab ainuüksi „*flailing firm*“ („õõtsuva firma“) kontseptsiooni olemasolu USA praktikas, mis pärineb *United States v General Dynamics Corp* kaasusest. (*United States v General Dynamics Corp* 1974) Nimetatud põhimõtte kohaselt võib koondumisele anda loa juhul, kui konkurents ei halvene koondumise tõttu, ka siis, kui äriühing on üksnes kergetes majanduslikes raskustes („*flailing*“). Põhjenduseks ongi kausaalsuse puudumise printsiip, kuna võrreldakse äriühingu konkurentsivõimet enne koondumist ja prognoositavat konkurentsivõimet tulevikus. Kui leitakse, et äriühingu konkurentsivõime vähenemise tõttu halveneb konkurents turul paratamatult ka tulevikus, antaksegi koondumisele luba just kausaalsuse printsiibist lähtuvalt. (OECD 2009, 180) Siinjuures on märkimisväärne, et selliselt juhtudel hinnatakse majanduslike raskuste olemasolu koondumise osalisel äärmiselt leebelt, muutes seega oluliselt FFD kontseptsiooni peamist kriteeriumit (äriühingu tõsiste majanduslike raskuste olemasolu).

Järelikult ei saa vähemalt praktika põhjal rääkida rangete FFD kriteeriumite prevaleerimisest kausaalsuse puudumise printsiibi ees. Samas tõusetub seetõttu küsimus, kuidas suhestuvad omavahel FFD Suuniste punktis 90 nimetatud ranged kriteeriumid ja kausaalsuse puudumise printsiip ning kuivõrd on FFD range regulatsioon seeläbi kooskõlas konkurentsioiguse eesmärkidega.

2.2. Raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumid kausaalsuse puudumise printsiibi valguses

FFD kohaldamise kriteeriumid on nüüdseks nii USA-s kui Euroopa Liidus sätestatud otsesõnu konkurentsioiguse aktides. USA-s sätestati FFD esimest korda 1950. aastal, mil USA Kongress tegi parandused Clayton Act'i §-s 7. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 170) 2010. aastal vastuvõetud US Guidelines's on FFD kohaldamise tingimused sätestatud veelgi täpsemalt. US Guidelines punkti 11 järgi on FFD kriteeriumid järgmised: äriühing peab (1) olema lähitulevikus võimetu täitma oma kohustusi; (2) olema võimetu end edukalt reorganiseerima Bankruptcy Act peatükk 11 kohaselt; ja (3) olema teinud ebaedukaid heauskseid pingutusi saamaks alternatiivseid pakkumisi, mis säilitaksid äriühingu käibe- ja põhivara turul ja mis avaldaksid konkurentsile vähem kahjulikku mõju kui kavandatav koondumine.

Euroopa Liidus kehtivad FFD kohaldamise kriteeriumid, mis on üldjoontes analoogsed US Guidelines's sätestatud tingimustega, on nimetatud Suuniste alapeatükis VIII punktis 90.

Nimetatud punkti kohaselt on FFD põhimõtte kohaldamisel oluline, et (1) väidetavalt raskustes olev äriühing oleks sunnitud rahaliste raskuste tõttu lähitulevikus turult lahkuma, kui mõni teine ettevõtja seda üle ei võta; (2) puuduvad teatatud koondumisest vähem konkurentsivastased ostuvõimalused; ja (3) kui koondumist ei toimu, lahkuks raskustes olev äriühing vältimatult turult. Tuleb märkida, et Suuniste eestikeelne tõlge on suhteliselt ebaõnnestunud, kuivõrd praktiliselt võimatu on eristada FFD kohaldamise esimest ja kolmandat tingimust. Inglisekeelsetest Suunistest ilmneb, et kolmanda tingimuse sisuks on äriühingu varade vältimatu väljumine turult.⁹

Suunistes toodud kolm kriteeriumit on olemuselt kumulatiivsed, et tõendada, et puudub kausaalsus koondumise ja halveneva konkurentsiolukorra vahel. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 112) Samas on tingimuste kumulatiivne täitmine kujunenud tihti ebaoluliseks, kuna üldist kausaalsuse puudumise („*lack of causality*“) printsiipi on praktikas sagedamini kohaldatud kui täpset „*raskustes oleva äriühingu erandit*“. Vincenzo Baccaro leiab, et taoline praktika on õigustatud, kuivõrd lõppude lõpuks loebki küsimus, kas koondumine on konkurentsiolukorra halvenemise põhjuseks või mitte. (Baccaro 2004, 11-14)

Seega on oluline analüüsida, kas kolm FFD kohaldamise kriteeriumit¹⁰, mis on sõnastatud eesmärgiga tagada FFD kohaldamine üksnes juhul, kui puudub põhjuslik seos koondumise ja konkurentsiolukorra halvenemise vahel, reaalselt nimetatud eesmärki ka täita suudavad.

Esimene kriteerium, mida koondumise osalised peavad FFD-le tuginemiseks tõendama, on, et väidetavalt raskustes olev äriühing on sunnitud rahaliste raskuste tõttu lähitulevikus turult lahkuma, kui mõni teine ettevõtja seda üle ei võta (*US Guidelines'i punkti 11 alapunktid 1 ja 2; Suuniste punkti 90 alapunkt 1*). Nimetatud kriteerium on kantud ideest, et äriühingu majanduslik olukord peab olema sedavõrd halb, et ilma koondumiseta ei ole äriühingu majandustegevus enam jätkusuutlik ning turg kaotaks ühe ettevõtja. Kausaalsuse puudumise printsiibi valguses oleks see tõlgendatav selliselt, et koondumise kontrolli raames tuleks selgitada, kas selle ettevõtja väljumine turult on konkurentsi rohkem kahjustav kui ettevõtja koondumine teise turul tegutsejaga. Seega peab konkurentsiamet või kohus andma sisuliselt hinnangu ettevõtja rollile turul ja tema olulisusele turustruktuuris.

⁹ Suunised p 90: „*The Commission considers the following three criteria to be especially relevant for the application of a "failing firm defence". First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market.*“

¹⁰ Märkus. FFD kohaldamise kriteeriumite all pean edasises töös silmas eelkõige Euroopa Liidus kehtivaid Suuniste punktis 90 sätestatud kolme kriteeriumit. USA kriteeriumitele viidates lisan sellekohase viite.

Samas on selge, et üksnes asjaolu, kas ettevõtja väljub või ei välju koondumiseta turult, ei anna sisulist vastust küsimusele, millisel juhul on konkurentsiolukord parem – kas koondumise toimumisel või koondumise toimiseta. Näiteks võib eksisteerida olukord, kus ettevõtja majanduslik olukord on küll kehv, kuid majanduslikud raskused ei ole sedavõrd tõsised, et ettevõtja turult väljuks ilma koondumiseta, kuid sellegipoolest kahjustuks turg enam just koondumise mittetoimumisel. Markantseks näiteks on siinkohal Andreseni kaasused (vt käesoleva töö lk 17-18), kus ei tõusetunudki küsimust sellest, kas Andreseni audiitorfirmad oleksid turult väljunud koondumiste mittetoimumisel, vaid kus otsustavaks sai just küsimus konkurentsiolukorrast koondumiste toimumisel ja mittetoimumisel.

Selliselt on üsna lihtne seada kahtluse alla FFD kontseptsiooni esimese kriteeriumi vajalikkus. Sisuliselt ei ole äriühingu majanduslike raskuste raskusastme mõju turu toimimisele taandatav üksnes ühele tingimusele – sellele, et FFD peaks olema kohaldatav üksnes juhul, kui äriühing tingimata ilma koondumiseta pankrotistuks või turult väljuks. Isegi mõningased majanduslikud raskused võivad omada olulist rolli turu olulises mõjutamises ning koondumise keelamine, tuginedes üksnes eelnimetatud tingimuse täitmise võimatusele, võib päädida turu kahjustamisega palju enam kui koondumise mittekeelamise korral.

USA ringkonnakohus leidis kaasuses *Kaiser Aluminium&Chem Corp v FTC*, et äriühingu majanduslikud raskused on, hoolimata asjaolust, et need võivad mõnes kaasuses olulist tähtsust omada, üldiselt kõige nõrgemaks argumendiks mistahes koondumise õigustamisel. (*Kaiser Aluminium&Chem Corp v FTC* 1981) Oluliseks tuleks hoopiski pidada äriühingu tulevikuperspektiivi ja turukäitumise tulevikuprognnoosi. Selliselt võiks FFD kohaldamise esimeseks kriteeriumiks olla koonduva äriühingu majanduslike raskuste tuvastamine määral, mis võimaldaks teha järelduse, et äriühingu edasine tegevus ei ole majanduslikult enam niivõrd kasumlik või turusituatsiooni arvestades mõistlik, et ainsaks lahenduseks on koondumine. Lisaks tuleb paratamatult arvestada kausaalsuse puudumise printsiibiga, et mitte eirata FFD doktriini peamist tingimust – kausaalsuse puudumist koondumise ja konkurentsiolukorra halvenemise vahel.

Eeltoodu pinnalt tõusetub tahes-tahtmata küsimus, kas üleüldse on vajalik defineerida või kriteeriumina sätestada äriühingu majanduslike raskuste määr. Iseenesest eeldab FFD doktriin, et vähemalt üks koondumise osalistest koondub põhjusel, et tema majanduslik olukord ei ole piisavalt tugev, et iseseisva majandustegevuse jätkamine oleks majanduslikult tõhus ja mõistlik. Samas ei ole võimalik seada ühest määra, kuidas peaksid väljenduma FFD kohaldamisele kvalifitseeruvad majanduslikud raskused. Correia pakub üldisema kriteeriumina välja konkurentsiorganite kohustuse kaaluda omavahel äriühingu turult

väljumise riski ja konkurentsile tekkiva kahju riski. (Correia 1996, 698) Siinkirjutaja sõnastaks üldise klausli veelgi liberaalsemalt ehk FFD kohaldamine võiks olla võimalik juhul, kui vähemalt ühe äriühingu majanduslike raskuste tõttu toimuv koondumine ei ole konkurentsiolukorra kahjustumisega põhjuslikus seoses.

Teine Suunistes sätestatud kriteerium, mille kohaselt peavad koondumise osalised tõendama, et puuduvad koondumisest vähem konkurentsivastased ostuvõimalused, on tunduvalt enam kooskõlas kausaalsuse puudumise printsiibiga kui esimene kriteerium.

Võimalike alternatiivsete ostjate puudumine on oluliseks näitajaks turu võimalike arengute osas ehk selles osas, kuidas võiks turg ilma koondumiseta muutuda. See omakorda võimaldab juba tugineda kausaalsuse puudumise printsiibile ja analüüsida, millisel puhul muutub konkurentsiolukord rohkem negatiivselt – kas koondumise toimumisel või selle mittetoimumisel. Lisaks on nimetatud kriteerium iseenesest suhteliselt objektiivseks ja piisavalt laialdaselt tõlgendatavaks tingimuseks, seadmata ebamõistlikke piiranguid koondumise lubatavust analüüsivale organile.

Nimelt ei piira tingimus täpselt, kuidas tuleks konkreetselt alternatiivseid pakkumisi hinnata, vaid seob alternatiivsete pakkumiste kaalumise konkurentsivastase mõju hindamisega. Nii ongi praktikas kujunenud, et pakkumiste rahaline väärtus ei ole alternatiivse ostja hindamisel määravaks, vaid oluline on pakkumise tegija potentsiaalne mõju konkurentsi olukorrale koondumise osalisena. Näiteks rõhutas OFT *HMV/Zavvi* asjas 2009. aastal tehtud koondumist lubavas otsuses, et oluline ei ole pakkumise puhtmajanduslik eelistatavus. Nimetatud kaasuses soovis meelelahutustoodete müügiga tegelev HMV Group plc võtta üle sarnase tegevusalaga tegeleva äriühingu Zavvi Retail Limited 15 jaemüügipunkti. Selleks et tuvastada, kas eksisteerib vähem konkurentsi kahjustavat alternatiivi, hindas OFT, kas poodide võõrandamine oleks olnud võimalik ka kolmandale samal turul tegutsevale ettevõtjale - Head Entertainment'le. Seejuures nõudis OFT, et HMV tõendaks, et Head Entertainment ei oleks pakkumist teinud ka juhul, kui HMV omapoolset pakkumist ei oleks esitanud. (HMV Group plc/Zavvi Retail Limited 2009) Kausaalsuse puudumise printsiibi mõju alternatiivide hindamisele tuleb antud kaasuses seda enam välja, et lõppastmes andiski OFT koondumisele loa põhjendusega, et ilma koondumiseta oleks Zavvi olnud sunnitud sulgema vähemalt seitse jaemüügipunkti. Seega teenis alternatiivse pakkumise võimalikkuse analüüsimine OFT'i poolset soovi teha kindlaks, milline olukord oleks konkurentsiolukorra mõttes paremaks lahenduseks – kas koondumisele loa andmine või mitteandmine.

Võib järeldada, et alternatiivsete pakkumiste hindamine konkurentsile avaldatava mõju osas on kooskõlas kausaalsuse puudumise printsiibi mõttega FFD kontseptsioonis. Samas on

küsitav, kas alternatiivide hindamine peab olema sõnastatud eraldiseisva kriteeriumina. Iseenesest hõlmab ka kausaalsuse puudumise printsiip vajadust kontrollida kõiki võimalusi, mis võiksid kaasneda koondumise mittetoimumisega ja paratamatult on seega hõlmatud need alternatiivsed ostjad, kes koondumise ärajäämisel avaldaksid soovi asuda ülevõtva äriühingu kohale. Siinjuures tuleb aga tähele panna Euroopa Liidu ja USA regulatsiooni erinevust.

Nimelt on US Guidelines punkti 11 järgi kolmanda kriteeriumi sõnastus järgmine: „[...] olema teinud ebaedukaid heauskseid pingutusi saamaks alternatiivseid pakkumisi, mis säilitaksid äriühingu käibe- ja põhivara turul ja mis avaldaksid konkurentsile vähem kahjulikku mõju kui kavandatav koondumine.“ Seega on USA sidunud alternatiivsete pakkumiste hindamise lisaks konkurentsile avaldatava mõju hindamise ka koondumise osaliste kohustusega näidata ise üles aktiivsust otsida alternatiivseid pakkumisi. (vt käesoleva töö lk 14) Taoline kriteerium nihutab FFD kontseptsiooni kaugemale majandusteaduslikust analüüsist ja konkurentsiolukorra reaalelulise hindamise vajadusest, luues pigem psühholoogilise mõjuga tingimuse, et innustada ettevõtjaid kasutama FFD argumenti alles viimases hädas ning üksnes väga põhjendatud juhtudel.

Arvatavasti ei saa sellise tingimuse mõistlikkust kahtluse alla seada, sest ühtlasi lihtsustab nimetatud kriteerium konkurentsiorganite tööd, kohustades ettevõtjaid esitama ise võimalikult palju argumente koondumise toetuseks, ja samas vähendab ilmselt konkurentsivastaste koondumiste taotluste esitamist. See omakorda on kooskõlas kausaalsuse puudumise printsiibi ideega ehk püüdega vältida koondumisi, mille mõju konkurentsile on üksnes negatiivne. Seega võiks ka Euroopa Liidus raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamise tingimuste sõnastamisel asendada kriteerium, mis nagunii sisaldub kausaalsuse puudumise printsiibis, kriteeriumiga, mis on pigem psühholoogilise ja ettevõtjate käitumist reguleeriva mõjuga.

Kolmas Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kohaldamise kriteerium, et koondumise osalised peavad tõendama, et kui koondumist ei toimu, väljuksid raskustes oleva äriühingu varad vältimatult turult, on jällegi üsna vastuoluline tingimus FFD kontseptsiooni ja kausaalsuse puudumise printsiibi mõttes.

Varade vältimatu turult lahkumine ilma koondumise toimumiseta on sedavõrd range kriteerium, et nimetatud kriteeriumi täitmise korral on tõepoolest selge, et ühiskonna ja konkurentsi mõttes on parimaks lahenduseks koondumine, mis võimaldaks varade säilimist ja kasutamist turul ka edaspidiselt. Teisalt tähendab niivõrd piirav kriteerium, et FFD kohaldamine ei olegi võimalik, kui varade väljumine turult ei ole tõendatud. Siinjuures tuleks aga arutleda, millal üleüldse saab rääkida varade väljumisest turult. Nagu leidis USA õigusteadlane W. Baxter, siis enamjaolt varad turult ei kao (vt käesoleva töö lk 7).

Loomulikult eksisteerivad ressursid, mis on ära kasutatavad või mille säilimine on piiratud, kuid enamjaolt on äriühingute valduses olevad majandustegevuseks vajalikud vahendid kas või osaliselt ka pärast äriühingu likvideerimist kasutatavad.

Lisaks on kooskõla kausaalsuse puudumise printsiibi ja kolmanda kriteeriumi vahel üsna kaheldav. Kui kausaalsuse puudumise printsiip seab koondumise kontrolli eesmärgiks tuvastada, kas koondumine põhjustab konkurentsi kahjustumise, siis varade turult väljumise tingimus iseenesest ei näita, kas koondumine põhjustaks konkurentsi kahjustumise. Varade turult väljumine annab enamasti tunnistust küll sellest, et konkurents kahjustub ilma koondumiseta, kuid koondumise kontrolli peamine küsimus, kas koondumine võiks olla lubatud, kuna ei kahjusta konkurentsi rohkem kui koondumise mittetoimumine, jääb vastuseta. Samuti ei saa välistada olukorda, kus varade väljumine turult võiks olla iseenesest konkurentsile hoopis kasulik. Näiteks juhul, kui turult väljuks ettevõtja, kes seni on saanud tegutseda sõltumatult teistest konkurentidest ja tarbijatest ning hoidnud seeläbi kunstlikult hindu kõrgel. Sellisel juhul suureneks konkurents turule allesjäävate ettevõtjate vahel nende kasutuses olevate ressursside piires ning suure tõenäosusega võidaksid edasisest turuarengust ka tarbijad. Eeltoodu näitab, et mistahes piirang regulatsiooni kohaldamisele peab olema läbimõeldud ning kõiki võimalusi arvestav. FFD ranged kriteeriumid seda paraku käesoleval hetkel ei ole.

Kui enamikul juhtudel on varade turult väljumine konkurentsile siiski negatiivse mõjuga, siis ei pruugi eelnimetatud probleem olla väga suur tänu Suuniste punktis 90 sätestatud teisele FFD kohaldamise tingimusele, milleks oli alternatiivsete konkurentsi vähem kahjustavate lahendusvariantide puudumine. Kahe tingimuse koosmõjus võib tõepoolest nentida, et kui koondumiseta väljuksid varad turult ja samas puuduvad koondumisele alternatiivsed lahendused, siis on koondumine turgu vähem kahjustav kui koondumise mittetoimumine. Siiski ei paranda eeltoodu probleemi, et varade väljumise tingimus iseenesest, olgu kausaalsuse puudumise printsiibiga otseses vastuolus või mitte, ei teeni kausaalsuse printsiibi laiemat eesmärki keelata üksnes selline raskustes oleva äriühingu koondumine, mis kahjustab konkurentsi enam kui koondumise mittetoimumine. Varade väljumine turult ilma koondumise toimumiseta võiks olla üks argumentidest koondumise osaliste jaoks, kuid mitte FFD kohaldamise kohustuslik eeldus.

Seega on kolmanda Suuniste punktis 90 sõnastatud kriteeriumi täitmine suhteliselt keeruline ning seab kahtluse alla FFD-kontseptsiooni kohaldamise võimalikkuse Suuniste punktis 90 sätestatud tingimuste järgi. Eeltoodut toetab ka FFD kohaldamise praktika, kus varade

väljumist turult koondumise mittetoimumise korral sageli ei analüüsitagi (*näiteks Newscorp/Telepiu kaasuses*) (vt käesoleva töö lk 13).

Selge on, et kausaalsuse puudumise printsiibi kohaldamine ei ole vastuolus FFD kontseptsiooni eesmärkidega – ongi ju FFD kohaldamine tehtud võimalikuks, et konkurents ei kahjustuks üksnes seetõttu, et formaalsete juriidiliste reeglite tõttu tuleks koondumine keelata. Samas tekib paratamatult küsimus, miks ikkagi on üritatud FFD kontseptsiooni suruda kolme kitsa kriteeriumi raamidesse, kui praktikas nimetatud raame tihti ületatakse. Suuniste punktis 90 loetletud kolmest FFD kohaldamise kriteeriumist on praeguses sõnastuses sobiv üksnes teine kriteerium, s.o konkurentsi vähem kahjustavate alternatiivide puudumine. Isegi nimetatud kriteeriumi eraldiseisev sätestamine ei ole läbinisti arusaadav, kuna sisuliselt neeldub tingimuse mõte ja eesmärk kausaalsuse puudumise printsiibiski.

Selleks, et lõppastmes otsustada FFD kohaldamise kriteeriumite põhjendatuse üle kausaalsuse puudumise printsiibi valguses, tuleb, hoolimata asjaolust, et kausaalsuse puudumise printsiip on palju toetust leidnud konkurentsioiguse praktikas, analüüsida, kas kausaalsuse puudumise põhimõtte iseenesest on FFD kontseptsiooni raames põhjendatud kriteeriumiks.

2.3. Kausaalsuse puudumise printsiibi relevantsus

Kausaalsuse puudumise printsiibi vajalikkus FFD kontseptsioonis väljendub eelkõige vajaduses tagada FFD kohaldamise paindlikkus ning võimekus arvestada reaaleluliste asjaoludega. Nagu eelnevalt esitatud käsitlusest ilmnas, on õigusaktides otsesõnu sätestatud FFD kohaldamise kriteeriumid suhteliselt ranged ning pahatihti ebamõistlikult piiravad.

Näiteks on eriti kummastav Euroopa Liidu lähenemine, kuivõrd Suuniste kohaselt on FFD kohaldamine võimalik üksnes juhul, kui raskustes olevaks äriühinguks on ülevõetav äriühing. US Guidelines samas sellist piirangut ette ei näe. Iseenesest võiks raskustes olevaks äriühinguks olla just ülevõttev äriühing. Näiteks juhul, kui äriühing just majanduslike raskuste tõttu soovib üle võtta teise ettevõtja, et majandustegevust ergutada ning pankrotistumist vältida. Taoline piirang on igal juhul põhjendamatu, kuna piirang ei teeni kuidagi konkurentsi säilitamise eesmärki, vaid seab taas ühe mõistetamatu takistuse FFD kohaldamisele.

Taolistes olukordades ei jäägi konkurentsiorganitel üle muud, kui lähtuda üldisematest põhimõtetest, eirates sisuliselt FFD konkurentsioiguse aktides sätestatud kriteeriume. Esimeseks selliseks üldiseks kriteeriumiks on kausaalsuse puudumise printsiip. Viimatinimetatud kriteeriumi tähtsust on raske alahinnata, kuivõrd suuri ettevõtjaid

puudutavates koondumiste küsimustes on praktikas sageli tuginetud just nimetatud üldprintsibile. Näiteks eelnevalt mainitud Andreseni kaasustes (vt *käesoleva töö lk 17-18*), kus Euroopa Komisjon leidis, et puudub kausaalsus konkurentsiolukorra halvenemise ja koondumise vahel, ei maininud Komisjon kordagi otsesõnu FFD kohaldamist. (Baccaro 2004, 17) Seda eelkõige põhjusel, et FFD rangete kriteeriumite järgi ei oleks koondumise lubamine tulnud kõne alla ning konkurentsile koondumiste toimumiseta tekkiva kahju vältimiseks lähtus Komisjon otsust tehes kausaalsuse puudumise printsiibist.

Ka ühes Euroopa Liidu olulisimas FFD kontseptsiooni käsitlevas konkurentsiasjas, *BASF/Eurodiol/Pantochim* kaasuses, rõhutati kausaalsuse puudumise põhimõtte olulisust. Euroopa Komisjon märkis otsuses, et igal juhul eeldab raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamine, et turustruktuuri muutumine koondumise tõttu ei ole vähemalt hullem kui ilma koondumise toimumiseta. (Baccaro 2004, 16) (vt ka *käesoleva töö lk 17*)

Koondumise lubatavuse test on aja jooksul muutunud üha enam majanduslikuks ja vähem juriidiliseks. See tähendab, et fookuses on koondumisega ja koondumiseta kaasnevate stsenaariumite võrdlemine, mitte niivõrd õiguslike aspektide rõhutamine seoses kausaalsuse küsimusega koondumise ja turgu valitseva positsiooni tugevnemise vahel. (Navarro, et al. 2005, 323) Oluline on kausaalsuse küsimus laiemalt konkurentsi kahjustumise mõttes, olgu siis tegemist turgu valitseva seisundi tugevnemise või mistahes teise konkurentsile potentsiaalselt kahjulikku mõju avaldava situatsiooniga. Kausaalsuse puudumise printsiip annab konkurentsiorganitele võimaluse analüüsida koondumise lubatavust võimalikult paljusid argumente arvestades ning langetada prima võimaliku otsuse. Seejuures on printsiip tahes-tahmata loonud Euroopa Komisjonile koondumiste kontrollis suhteliselt suure diskretsiooniruumi, seda isegi hoolimata Suuniste punktis 90 sätestatud rangetest kriteeriumitest.

Seetõttu ei saagi vastu vaielda erialakirjanduses väljendatud seisukohale, et Euroopa Komisjoni praktika on mõnevõrra laiem kui Suunised üritavad näidata. (Baccaro 2004, 22) Konstantin Joergens on lausa leidnud, et FFD kontseptsiooni piiramine erinevate kriteeriumitega ei pruugigi olla mõistlik, kuivõrd tegelikkuses on oluline üksnes kausaalsuse test. Nii oleks võimalik vältida kontseptsiooni ülereguleerimist ja keskenduda koondumise kontrolli olemusele. (Joergens 2003, 263)

Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kohaldamise kriteeriumite olemasolu tähtsuse seab veelgi enam kahtluse alla asjaolu, et juba praegu ei sõltu FFD aktsepteerimine koondumist toetava argumendina nimetatud kriteeriumite täitmisest. Näiteks on kaasusest *Newscorp/Telepiu* selgelt nähtav, et FFD kohaldamiseks ei ole sisuliselt vaja ühegi FFD Suunistes sõnastatud

kriteeriumi täitmist. (Newscorp/Telepiù 2003) Erinevate argumentide ja turu iseärasustega arvestades jõudis Komisjon järeldusele, et koondumine ei kahjusta turgu enam kui koondumise mittetoimumine ning seega, tuginedes enamuses kausaalsuse puudumise printsiibile, anti koondumisele luba (vt käesoleva töö lk 13).

Suurbritannia Competition Commission on samuti võtnud suuna just kausaalsuse puudumise printsiibi kaudu FFD kohaldamise hindamisele. 2009. a langetatud otsuses kaasuses *Long Clawson Dairy Limited/Millway* leidis CC, et koondumine on lubatud põhjusel, et konkurentsi kahjustumine koondumise tõttu ei ole oluline („*substantial*“), võrreldes konkurentsile tekkiva kahjuga, kui koondumist aset ei leiaks. (Long Clawson Dairy Limited/Millway 2009)

Ka OFT, kes üldiselt järgib FFD kriteeriumite ranget täitmist, on teatud juhtudel tuginenud kausaalsuse puudumise argumendile. Kaasuses *Menzies Distribution Ltd of Grays Newsagents (York) Ltd* oli OFT seisukohal, et koondumine ei too eeldatavasti kaasa konkurentsiolukorra halvenemist UK turgudel. OFT samas ei kaalunud, kas Grays varade ostmine või selle likvideerimine olid realistlikud tulevikusündmused, ja seetõttu ei analüüsitud ka, kas Grays äri võiks minna kellelegi teisele peale Menzies. Seega FFD-d küll kohaldati koondumise lubamisel, kuid FFD formaalseid kriteeriume ei hinnatud ning tugineti eelkõige konkurentsi reaalse kahjustumise küsimusele. (Menzies Distribution Limited/Grays Newsagents (York) Limited 2007)

Mitte ainult positiivsete otsuste, vaid ka negatiivsete otsuste puhul on arvestatud eelkõige kausaalsuse puudumise printsiibiga. Kaasuses *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, kus koondumise osalised tuginesid raskustes oleva äriühingu üksuse erandile („*failing division defence*“) (edaspidi nimetatud **FDD**), ei lubatud koondumist esmajoones just põhjusel, et Komisjon asus seisukohale, et pooled ei ole kausaalsuse puudumise olemasolu tõendanud. (Bertelsmann/Kirch/Premiere 1999) Komisjon märkis, et isegi, kui divisjon väljuks turult, oleksid tagajärjed paremad kui koondumise puhul. (vt käesoleva töö lk 47)

Seega on kausaalsuse puudumise printsiibi näol tegemist sisuliselt FFD alusprintsiibiga, millega arvestamisel kaotavad Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kohaldamise tingimused sageli tähtsuse. Sarnaselt kausaalsuse puudumise printsiibile on koondumiste kontrollis ja FFD kohaldamisel oluliseks majandusliku tõhususe („*efficiency*“) kriteerium ja sotsiaalsete tegurite argument.

III MAJANDUSLIKU TÕHUSUSE PRINTSIIP („*EFFICIENCY*“)

3.1. Majandusliku tõhususe („*efficiency*“) printsiibi arvestamine raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamisel

Teine üldisem kriteerium, mida kohaldatakse FFD rangete kriteeriumite asemel, on „*efficiency*“ ehk majandusliku tõhususe põhimõte. Nimetatud põhimõtte peaideeks on majandusliku tõhususe argumendile tuginemine koondumist lubades, mis muidu oleks vastuolus konkurentsioiguslike reeglitega. Kuigi enamasti eeldatakse, et koondumine avaldab negatiivset mõju, võib samas koondumine kaasa tuua kaalukaid hüvesid, olles sageli loomulik osa tööstuse arengust. (Russo, et al. 2010, 312) Konkurentsiasutused tunnistavad käesoleval ajal, et koondumistel on potentsiaali luua olulisi hüvesid, võimaldades olemasolevate varade paremat kasutamist, tagades tootmiskulude alanemise või toodete kvaliteedi paranemise, mida äriühingud ilma koondumiseta ei oleks saavutanud. (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 4) FFD kohaldamise situatsioonis võib eelnimetatud kasutegurite kaasnemine koondumisega olla seda enam võimendatud, kuivõrd ilma koondumiseta võiks olulised ressursid hoopiski kaduma minna.

Erialakirjanduses on leitud, et majandusliku tõhususe kriteeriumi näol on tegemist *trade-off* olukorra hindamisega, kuivõrd omavahel võrreldakse turujõu suurenemisega kaasnevat kahju konkurentsile ja vähenenud tootmisvõimsusega kaasnevat kahju turule üldiselt. Enamik FFD kriitikuid pööravad tähelepanu üksnes turgu valitseva ettevõtja poolt täiendava turuosa omandamisele koondumise kaudu ja sellega kaasnevale heaolu kaole, kuid jätavad analüüsimata mõju, mis kaasneb sellega, et üks äriühing väljub turult. (Campbell 1984-1985, 257) Loomulikult eeldab see FFD kohaldamise mõttes olukorda, kus raskustes oleva äriühingu raskused on tõepoolest sedavõrd olulised, et ilma koondumiseta väljuks äriühing turult.

Thomas J. Campbell uurimuse kohaselt kaasneb äriühingu turult väljumisega paratamatult majandusliku heaolu kadu, sest puudub alus eeldamiseks, et pankrotistuva äriühingu varad jagunevad turule tegutsema jäävate ettevõtjate vahel proportsionaalselt. Samas tagaks üksnes taoline varade jaotumine senise heaolu taseme säilimise. (Campbell 1984-1985, 261) Kui konkurentsiorganil on koondumise hindamisel kaks varianti, kas tolereerida ühe ettevõtja turgu valitseva seisundi tugevnemist või leppida ressursside jaotamisega tõenäoliselt asetleidvas pankrotimenetluses, siis majanduslikult niisugune valik suure tõenäosusega põhjendatud ei ole. Varade omandamine planeeritud tegevuse käigus, s.o koondumisega, ning

ressursside pidev kasutamine on igal juhul efektiivsem ja ökonoomsem kui ressursside kas või hetkeline mittekasutamine. Seetõttu on kohtupraktikas asunud üha enam kasutama FFD doktriini rangete kriteeriumite kõrval majandusliku tõhususe argumenti.

Majanduslike kasutegurite argumendiga arvestamine esineb vähemasti kaudselt enamikul juhtudest FFD kohaldamisel, kuivõrd juba kausaalsuse puudumise printsiipi kasutades tuleb võrrelda konkurentsiolukorda ja sealhulgas ka majanduslikke asjaolusid koondumisega ja koondumiseta. Siinjuures on oluline kaasus *United States v Republic Steel Corp*, kus USA Ülemkohus lubas koondumise, kuna valitsus ei suutnud tõendada, et koondumine kahjustaks konkurentsi või et avalikud huvid saaksid koondumise tõttu kahjustatud. (United States Steel Corp. 1968) Seega oli nimetatud kaasuses tõendamiskoormus kallutatud pigem konkurentsiorganite poole, mitte FFD-le tugineda soovivatele äriühingutele, mis tähendab, et eeldati koondumise majanduslikku põhjendatust.

Tuleb siiski märkida, et tollane kohtu seisukoht oli suuresti kantud põhjusest, et USA-s peeti FFD doktriini pikka aega absoluutseks ehk pärast *International Shoe Co v FTC* lahendit leiti, et kui on tõendatud koondumise osalise tõsised majanduslikud raskused, ei kahjusta koondumine igal juhul konkurentsi või turgu. (Harvard Law Review Association, 673) Niivõrd kategooriline seisukoht ei teeninud majandusliku tõhususe argumendi eesmärke, sest majanduslike kasutegurite olemasolu ja hulk on äärmiselt varieeruv ning sõltub konkreetse kaasuse asjaoludest. Samas ei ole *United States v Republic Steel Corp* kaasuses toimunud tõendamiskoormuse kallutamine konkurentsiorganite poole iseenesest majandusliku tõhususe argumendi valguses ebamõistlik, kuivõrd peamine FFD doktriinile süüks pandav majanduslik kahjulik mõju, s.o koonduva ettevõtja turujõu suurenemine, ei tähenda tegelikult automaatselt koondumise majanduslikku kahjulikkust. Majandusuurimustes on leitud, et turujõu suurenemine saab põhjustada olulist kahju konkurentsile juhul, kui turgu valitsev ettevõtja saab käituda kui monopolist. (Campbell 1984-1985, 262) Turgu valitseva seisundi saavutamine iseenest ei võimalda äriühingul käituda monopolistina või teistest turul tegutsevatest ettevõtjatest sõltumatuna, kuna eksisteerib väga palju erinevaid tegureid, mis võivad vähendada äriühingu sõltumatust. Seega on põhjendatud majandusliku tõhususe argumendi arvestamine koondumiste kontrollis ja FFD kohaldamisel.

Euroopa Liidus oli üks esimesi kaasusi, kus võis eristada majandusliku tõhususe kriteeriumi kasutamist, 1989. aasta *Neue Maxhütte Stahlwerke* kaasus. Komisjon andis loa koondumisele, leides, et koondumine aitab taastada äriühingute elujõulisuse ja panustada terasetööstuse restruktureerimisse Euroopa Ühenduses. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 113) Seega

arvestati koondumise lubamisel otseselt kaasnevate majanduslike kasuteguritega ja mitte niivõrd FFD rangete kriteeriumitega.

Eeltoodust olenemata oli majandusliku tõhususe argumendile tuginemine pikka aega erandlik ning praktika lausa eitas majandusliku tõhususe olulisust koondumise lubatavuse üle otsustamisel. (Campbell 1984-1985, 252) Nüüdseks on majanduslike argumentide arvestamise olulisus sätestatud ka õiguslikes regulatsioonides. Euroopa Liidus kehtiva koondumiste kontrollimist reguleeriva määruse nr 139/2004 (edaspidi nimetatud **Määrus 139/2004**) preambula punkt 28 sätestab koondumise kontrollimise puhuks majanduslike argumentide arvestamise vajalikkuse. Preambula punkt 29 täiendab: „*Et hinnata koondumise mõju konkurentsile ühisturul, on kohane arvesse võtta kogu põhjendatud ja tõenäolist kulude kokkuvõidu, millele asjaomased ettevõtjad osutavad. On võimalik, et koondumisega saavutatav kulude kokkuvõidu tasakaalustab konkurentsivõimuseid ning eelkõige potentsiaalset kahju tarbijatele, mida koondumine võiks muul juhul kaasa tuua, mistõttu koondumine ei takistaks märkimisväärselt, eelkõige turgu valitseva seisundi loomise või tugevdamise kaudu, tõhusat konkurentsi ühisturul või selle olulises osas. Komisjon peaks avaldama juhised tingimuste kohta, mille alusel ta võib koondumise hindamisel kulude kokkuvõidu arvesse võtta.*“

Euroopa Komisjon ongi selgitanud tõhususe argumendi kohaldatavust Suunistes. Suuniste punkt 8 täiendab: „*Tõhus konkurents on tarbijatele kasulik, tuues kaasa madalad hinnad, kvaliteetsed tooted, kaupade ja teenuste suure valiku ning innovatsiooni. Ühinemiste kontrollimise kaudu takistab komisjon ühinemisi, mis võiksid äriühingute turuvõimu oluliselt suurendades tarbijad nendest soodustustest tõenäoliselt ilma jätta.*“ Suuniste punkt 76 sätestab: „*Äriühingu ümberstruktureerimine ühinemise vormis võib olla kooskõlas dünaamilise konkurentsi nõuetega ja suudab suurendada tootmisharu konkurentsivõimet, parandades seeläbi kasvutingimusi ja ühenduse elatustaset.*“ Seega kohustavad Määrus 139/2004 ja Suunised arvestama ka majandusliku tõhususe argumendiga, mis võimaldab heaks kiita üldist majanduslikku olukorda turul parandavad koondumised, mis tagaksid tootmistegevuse efektiivsuse, innovatiivsuse ja panustaksid üldise heaolu kasvu. Samas ei näe FFD kohaldamise kriteeriumid otsesõnu majandusliku tõhususe argumendiga arvestamise kohustust ette, mistõttu võib koondumise lubamine takerduda, hoolimata majandusliku tõhususe kriteeriumi täitmisest, FFD kontseptsiooni rangete kriteeriumite taha (vt käesoleva töö alapunkt 3.2.).

Üheks näiteks on siinkohal *HBOS/Lloyds* kaasus, mis lahendati küll Suurbritannias, kuid mis näitab ilmekalt majandusliku tõhususe argumendi ja FFD rangete kriteeriumite võimalikku konflikti. Nimetatud kaasuses ei andnud OFT luba kahe panga koondumisele, hoolimata HBOS plc äärmiselt raskest majanduslikust olukorrast. (Lloyds TSB/HBOS 2009) Koondumise osalised rõhutasid oma argumentatsioonis, et eriti suurt tähelepanu otsuse langetamisel tuleks pöörata asjaolule, et HBOS pankrotistumise korral kaasneksid katastroofilised tagajärjed kogu riigi finantsstabiilsusele. OFT suunas otsuse tegemise Riigisekretärile (*Secretary of State*), kes siiski andis koondumisele loa, tuginedes just finantsstabiilsuse tagamise vajadusele. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 142-145) (Vt käesoleva töö lk 51) OFT'i niivõrd range lähenemine FFD kohaldamisele ja majandusliku tõhususe argumendi mitteamestamine oleks ilma Riigisekretäri sekkumiseta toonud suure tõenäosusega kaasa ühe olulisema panga turult väljumise ja kahju tekkimise nii majandusele kui ühiskonnale tervikuna. FFD kontseptsiooni eesmärgiks just taoliste tagajärgede vältimine ongi ja siinkirjutaja julgeb arvata, et majandusliku tõhususe argumendi kohaldamisel õnnestuks enamasti eelnimetatud eesmärk täita.

Näiteks *Andreseni* kaasuste puhul, kus üldjoontes anti koondumistele luba küll kausaalsuse puudumise printsiibi alusel, võib otsustes näha ka majandusliku tõhususe argumendi kasutamist. Euroopa Komisjon ei soovinud, et auditeerimisfirma Andresen tegevuse käigus kokku koondunud ressurss jääks kasutamata või et tuleks seni toimunud süsteemi asuda uuesti üles ehitama (vt käesoleva töö lk 17-18). Seega oli Komisjoni jaoks oluline lisaks asjaolule, et konkurentsistruktuur muutub nii või teisiti, asjaolu, et koondumiste lubamine tagab ressursside parima kasutamise ja nende kasutamise järjepidevuse.

USA-st on heaks näiteks *Boeing/McDonnell* kaasus, kus FTC lubas koondumise, hoolimata tõsistest struktuurilistest faktoritest, mis oma olemuselt olid konkurentsi takistavad. Boeing ja McDonnell Douglas olid kaks kolmest peamisest kommertslennumasinade tootjatest ja Boeing omas umbes 60% suurte kommertslennumasinade müügi turust. FTC leidis, et hoolimata turu kontsentratsioonist ja väga kõrgetest turule sisenemise barjääridest, ei ole koondumine konkurentsi turul oluliselt kahjustav muu hulgas majanduslikel kaalutlustel. Nimelt leidis FTC, et esiteks ei olnud McDonnell tuleviku perspektiivis konkurentsivõimeliseks äriühinguks ja teiseks, et koondumise keelamine oleks võinud vähendada tarbijate heaolu kasvu ja lisaks kahjustada USA olulisi kaitse huvisid võttes arvesse tarbija heaolu kasvu. (Gotts, Asker, & Goodman, 2010, lk 3) Samas Euroopa Komisjon jättis nimetatud koondumise Euroopa piires heaks kiitmata. (Boeing/McDonnell Douglas 1997)

Eeltoodu, sh lausa vastuoluliste otsuste (*Lloyds/HBOS* ja *Boeing/McDonnell* kaasustes) taustal tõusetub küsimus, kas ja miks on õigustatud FFD rangetest kriteeriumitest kõrvalekaldumine ning lähtumine laiematest kriteeriumitest, sh majandusliku tõhususe argumendist. Üldine heaolukasv ja majandusliku keskkonna arengut silmaspidav otsustus on tervitatav ühiskondlikus plaanis, kuid samas tekitab taoline õiguslikust regulatsioonist väljuv diskretsioon ebakindluse ettevõtjate jaoks, kuivõrd on äärmiselt keeruline ennustada konkurentsiorgani lähenemisstrateegiat konkreetse kaasuse puhuks. Tuleb nentida, et eelkõige majandusteaduslikel argumentidel baseeruv otsustusprotsess, sh majandusliku tõhususe argumendi arvestamine, peaks tagama ühiskonnale kõige positiivsema mõjuga otsuse, sest arvesse võetakse reaalseid elulisi tulemusi ning mitte üksnes juriidiliste kriteeriumite täitmist.

Üldiselt on Euroopa Liidus üritatud ka juriidilisi kriteeriume koostada, lähtudes majandusteaduslikest põhimõtetest. Näiteks baseerub Euroopa Liidu koondumiste kontroll suuresti Porteri viie konkurentsijõu teorial. Porteri käsitle kohaselt rajaneb konkurents viiele jõule: uute konkurentide turule sisenemise oht, klientide kauplemisjõud, pakkuja kauplemisjõud, asenduskaupade olemasolu ja konkurentsi tugevus turulolijate vahel. (Porter 1979, 137) Sellest tulenevalt on Määruse 139/2004 preambula punktis 29 loetletud asjaoludena, mida tuleb koondumiste kontrollimisel arvesse võtta, muu hulgas koondumisest tulenevad majanduslikud kasutegurid, mõju konkurentsile, võimalik kahju tarbijatele (*vt käesoleva töö lk 35*). Määruse 139/2004 artikli 2(3) järgi kuulutatakse ühisturuga kokkusobimatuks koondumine, mis eelkõige turgu valitseva seisundi tekitamise või tugevdamise kaudu takistaks märkimisväärselt konkurentsi ühisturul või selle olulises osas. Seega näeb Euroopa Liidu õiguslik regulatsioon ise ette majandusliku tõhususe kriteeriumi arvestamisega olulisuse, piirates seda samas FFD range regulatsiooniga.

Majandusliku tõhususe põhimõtte arvestamine ja kaalumine ka FFD printsiibi väliselt ei ole Euroopa Liidu regulatsioonides ette nähtud siiski piiramatul ulatusel. Määrus 139/2004 ei näe ette „kasutegurite vastuväidet“ („*efficiency defence*“) koondumise õigustamiseks, mis loob või tugevdab turgu valitsevat positsiooni. (Navarro, Font, Floguera, & Briones, 2005, lk 329) Suuniste § 84 limiteerib samuti koondumiste ringi, mille puhul Komisjon on valmis kasutegureid arvesse võtma. Mida suuremad on võimalikud mõjud konkurentsile, seda põhjalikumalt peab Komisjon veenduma, et kasutegurid on tarbija jaoks olulised, tõenäoliselt realiseeruvad, edasikantavad ja piisava ulatusega.

Samas on eelnimetatud kasutegurite eksisteerimise osas tõendamiskoormus, mis sageli kujuneb vägagi keeruliseks, koonduda soovivatel ettevõtjatel. Ettevõtjatel on

töendamiskoormust üha raskem kanda, kuna viimastel aastatel viiakse koondumiste kontrollimisel läbi üha põhjalikumaid majanduslikke analüüse. (Russo, et al. 2010, 362) See tähendab, et konkurentsioorganid on nii majandusliku tõhususe argumendi kui ka FFD kontseпти kohaldamisel muutunud üha ettevaatlikumaks. Ka Euroopa Komisjon annab raskustes oleva äriühingu erandi alusel koondumisele loa üksnes väga erandlikel ja ilmselgetel juhtumitel, mistõttu ongi FFD kujunenud väga harva kohaldatavaks erandiks. (Baccaro 2004, 11)

FFD kohaldamise rangust demonstreerib näiteks kaasus *Heinz/Beech-Nut*, kus kohus keeldus lubamast koondumist beebitoidu suuruselt teise ja kolmanda tootja vahel, hoolimata poolte poolt esitatud tugevatest argumentidest. Kohus eiras argumenti, et beebitoidu tootmise turu staatiline iseloom muudab Beech-Nut'i vananenud tootmise üha vähem ja vähem kasumlikuks, sundides äriühingut lõpuks turult väljuma. Kohus ei arvestanud nimetatud argumenti põhjusel, et Beech-Nut tol hetkel oli kasumlik. (FTC v Heinz/Beech Nut 2001) (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 2)

United States v General Dynamics Corp kaasuses leidis kohus, et üksnes asjaolu, et äriühing ei ole konkurentsivõimeline, ei ole FFD kohaldamist õigustavaks, kui äriühing on samas nii kasumlik kui majanduslikult toimiv. (United States v General Dynamics Corp 1974) Siiski leidis USA Ülemkohus nimetatud kaasuses, et FFD kohaldamist taotlevad pooled võivad tugineda erandile, et omandatava firma hetkeline turuosade suurus ülehindab äriühingu konkurentsivõimelisust tulevikus („*flailing firm defence*“) (vt käesoleva töö lk 24). (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 4) Seega aktsepteeris USA Ülemkohus lisaks kausaalsuse puudumise printsiibile sisuliselt majandusliku tõhususe argumenti, leides, et ka turuosade hindamisel tuleb lähtuda realistlikest majandusproгноosidest ning äriühingu tõenäolistest tuleviku väljavaadetest.

Praktika on majandusliku tõhususe printsiibi kohaldamisel olnud siiani heitlik ning kohati lausa vastuoluline. Õigusaktides sätestatud FFD kriteeriumite range järgimine on tekitanud olukordi, kus koondumine on keelatud, hoolimata koondumise kasuks rääkivatest majanduslikest argumentidest. Seetõttu tõusetub küsimus, kuidas suhestuvad omavahel FFD Suuniste punktis 90 nimetatud ranged kriteeriumid ja majandusliku tõhususe printsiip.

3.2. Raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumid majandusliku tõhususe argumendi valguses

Kuigi eelnevas peatükis puudutatud kohtupraktika loob mulje, et majanduslike kasutegurite argument jääb tihti alla FFD kontseptsiooni rangetele kriteeriumitele, võib siiski näha majandusliku tõhususe argumendiga arvestamist ka raskustes oleva äriühingu erandi rangel kohaldamisel. Nimelt on kriteeriumid sisuliselt üles ehitatud ikkagi majanduslikele kaalutlustele, kuivõrd FFD doktriini kahe eesmärgina on nimetatud esiteks seda, et FFD annab võimaluse vältida mõttetu kahju tekkimist, loobudes suhteliselt tühistest konkurentsialastest kasuteguritest, ja teiseks seda, et FFD tugevdab väikeste ettevõtjate konkurentsivõimet ja minimeerides mitte-jätkusuutlike ettevõtjate jaoks turult väljumisega kaasnevat kahju. (Blum 1974-1975, 84) Seega laias plaanis baseerub lõplik koondumise otsus muu hulgas ka majandusliku tõhususe argumendil. Iseasi, kas alati võetakse majandusliku tõhususe argumenti piisavas ulatuses arvesse või kas võetakse arvesse argumente, mille väärtus majandusliku kasutegurina on vaieldav.

Esiteks on praktikas korduvalt tekitanud vaidlusi FFD peamine kriteerium, et koonduv äriühing peab olema sedavõrd majanduslikes raskustes, et koondumine oleks FFD-le tuginedes õigustatud. Majanduslike raskuste argumendi majanduslikuks põhjendatuseks loetakse sageli asjaolu, et kui äriühingu tõsised majanduslikud väga tõsised raskused on tõendatud, siis ei kahjusta koondumine nii või teisiti konkurentsi. Näiteks 2004. a *FTC v Arch Coal, Inc* kaasuses leidis USA kohus, et Tritoni nõrk majanduslik ja konkurentsivõimeline seisund on tõendiks selle kohta, et koondumine suure tõenäosusega ei vähenda oluliselt konkurentsi turul. (FTC v Arch Coal, Inc 2004) (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 3) USA-s oli üsna pikalt kohtupraktika lausa seda meelt, et FFD doktriin on absoluutne ehk kui tõsised majanduslikud raskused on tõendatud, siis on selge, et konkurents koondumisega ei kahjustu. (vt käesoleva töö lk 34) Selliselt kohaldavad konkurentsiorganid „*kõik või mitte midagi*“ („*all or nothing*“) süsteemi, kaalumata samas kas majanduslikud raskused võiksid siiski olla piisavalt relevantssed, et kaaluda üles konkurentsile võimalikult tekkiva kahju. (Correia 1996, 698)

Eeltoodud seisukoht ei pruugigi olla nii põhjendamatu, kuivõrd majandusteaduslikud uurimused on doktriini absoluutsust üldmajanduslikus plaanis isegi tõendanud. Thomas J. Campbell näitas juba 1984. aasta uurimuses matemaatiliselt, et enamasti on raskustes oleva äriühingu koondumise kaudu turule jäämine üldmajanduslikult parem kui äriühingu või äriühingu varade väljumine turult. Oma uurimuses tõstatas Campbell üsnagi provokatiivse

küsimuse – kui majandusliku heaolu mõttes on äriühingute koondumise lubatavust võimalik hinnata ja kui on tõenäoline, et raskustes oleva äriühingu koondumise puhul heaolu enamasti suureneb, siis kas peaks eelistatama absoluutset reeglit, s.t FFD seaduses sätestatud kriteeriume, juhtumipõhisele mõõtmisele? (Campbell 1984-1985, 269) Sellise lähenemise kohaselt sisaldub ka majandusliku tõhususe kriteerium juba FFD kriteeriumites, sest nii või teisiti on üldmajanduslikult parim anda luba koondumisele, kui kriteeriumid on täidetud ja vastupidi.

Paraku eksisteerib olukordi, kus majandusliku tõhususe kriteeriumist lähtuvalt võiks koondumisele loa anda hoolimata asjaolust, et kõik FFD tingimused ei ole täidetud, s.t et üldmajanduslikult võivad olla kasulikud ka olukorrad, mis rangete kriteeriumite järgi kuuluks keelamisele. Seetõttu ei peeta FFD doktriini käesoleval ajal enam absoluutseks ning nii kohtud kui ka konkurentsioorganid on seisukohal, et üksnes väga tõsiste majanduslike raskuste pinnalt ei saa järeldada, et koondumisel puuduks konkurentsi kahjustav mõju, ja samas ei saa kriteeriumite mittetäitmise korral koheselt eeldada, et koondumisel on konkurentsi kahjustav mõju. Koondumise mõju osas otsuse langetamiseks tuleb eraldi arvesse võtta erinevaid majanduslikke tegureid, arvestades konkreetse kaasuse asjaolusid ja olulisemaid valupunkte.

Majanduslike tegurite arvestamist toetab ka Suurbritannia konkurentsioiguse regulatsioon. Detsembris 2008 sõnastas Suurbritannia konkurentsiamet OFT uuesti oma suunised FFD kohaldamise kohta. Koondumise osalised peavad OFT-le esitama „piisavalt mõjuvad tõendid“ („*Sufficient compelling evidence*“) selle kohta, et: äriühing on niivõrd „lootusetus majanduslikus olukorras“ („*parlous financial situation*“), et firma ja selle varad väljuvad vältimatult turult lähitulevikus; ei eksisteeri ühtki tõsist väljavaadet äri reorganiseerimiseks (võttes arvesse, et pankrotimenetluses olevad firmad sageli jäävad ellu ja toibuvad); ja ei eksisteeri ühtki teist realistlikku ostjat, kelle poolt äriühingu omandamine oleks vähem konkurentsi kahjustavate tulemustega. OFT selgitas, et esitatud tõendite hindamisel võetakse arvesse domineerivaid majanduslikke ja turul valitsevaid tingimusi. (Dubois & Hinton, 2010, lk 79) Nagu oli näha *Lloyd/HBOS* kaasusest, siis ei olnud OFT, hoolimata omapoolsest lubadusest, siiski valmis arvestama relevantsete majanduslike argumentidega. (vt käesoleva töö lk 36)

Rangete FFD doktriini kriteeriumite hindamine majandusliku tõhususe printsiibi valguses on aga oluline, kuna üksnes formaalsel kohaldamisel läheb raskustes oleva äriühingu erandi esimene kriteerium koonduva äriühingu majanduslike raskuste osas sageli vastuollu majandusliku tõhususe argumendi sisuga. Kui kohtupraktikas ei ole muu hulgas piisavaks majandusliku raskuseks peetud suurt kahjumit või asjaolu, et äriühingul puudub kapital

tegevuse moderniseerimiseks, siis on selge, et majanduslik analüüs piirdub üksnes hetkelisele olukorrale hinnangu andmisega, mis paraku ei arvesta turusituatsiooni või äriühingu tulevikuväljavaateid (vt käesoleva töö lk 12). See võib kaasa tuua olukorra, kus äriühingu majanduslik olukord koondumise ärajäämise tulemusena halveneb pöördumatult ning hetkel, mil äriühing kvalifitseeruks koondumiseks FFD alusel, on ressursside kadu sedavõrd suur, et koondumise vastu puudub teisel poolel kas huvi või see ei ole enam majanduslikult otstarbekas.

Seega ei pruugi õigusaktides ja praktikas süvenenud FFD kontseptsiooni kriteerium, mis seab konkreetsed piirid äriühingu majanduslike raskuste mõõtmiseks, teenida üldisi majanduslikke eesmärke ega olla kooskõlas majandusliku tõhususe printsiibiga. Võttes arvesse, et FFD ei ole absoluutne doktriin ja et majanduslike raskuste olemasolu mistahes konkreetses ulatuses ei saa näidata koondumise reaalsel mõju konkurentsile, peabki koondumise üle otsustamisel olema esmaoluliseks konkreetse kaasuse pinnalt tõusetuvad majanduslikud, s.h kausaalsuse puudumise ja majandusliku tõhususe printsiibid ning ehk ka sotsiaalsed argumendid.

FFD kontseptsiooni teine kriteerium, et puuduvad koondumisest vähem konkurentsi kahjustavad alternatiivid, seob majandusliku tõhususe argumendi konkurentsiolukorraga, s.t majanduslike kasuteguritena arvestatakse selliseid asjaolusid, mis on kasulikud konkurentsiolukorra säilimise mõttes. Kuivõrd konkurentsioiguse peamisi eesmärke on tagada turu võimalikult efektiivne toimimine ja tõhusa konkurentsi säilimine, siis teenib eelnimetatud kriteerium koos majanduslike huvidega ka konkurentsioiguse huve tervikuna.

Siinjuures on oluline, et kohtupraktikas ei ole nimetatud kriteeriumi puhul arvestatav pakkumiste majanduslik väärtus. See on igati mõisteta, kuivõrd ostupakkumises sisaldub kindlasti ka lisandväärtus, mille konkreetne äriühing ülevõtmisest saab, kuid mida alternatiivne ostja ei pruugi saada. (Correia 1996, 687)

Areeda ja Turner on siiski soovitanud FFD kohaldamise komplekssemat lähenemist teise kriteeriumi osas. Nimelt pakkusid õigusteadlased välja, et tingimus peaks nõudma alternatiivsete ostjate puudumise tõendamist koondumise osaliste poolt üksnes juhul, kui konkurentsile tekkiva kahju tõenäosus on oluline („*substantial*“). (Campbell 1984-1985, 256) See tähendab, et eelkõige peaks koondumise osaline ikkagi tuginema tõsistele majanduslikele raskustele ja üldisematele kausaalsuse puudumise ning majandusliku tõhususe kriteeriumitele, et teenida FFD doktriini peamist eesmärki – taotleda luba koondumisele, mis ei ole konkurentsi kahjustav.

Küsitav on majandusliku tõhususe argumendi ja Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kolmanda kriteeriumi kooskõla. Küsimus, kas raskustes oleva äriühingu varad väljuksid vältimatult turult, kui koondumist aset ei leia, räägib majanduslike kasutegurite valguses üksnes sellest, et kui varad turult väljuksid, siis oleks koondumise keelamine majanduslikult ilmselgelt ebamõistlik lahendus. Samas ei ole isegi selline järeldus päris üksühene, kuna varade väljumine turult võib teoreetiliselt olla konkurentsile kasulik (vt käesoleva töö lk 29).

Majandusliku tõhususe argumendi alustalaks on muu hulgas põhimõte, et koondumise lubamise/mittelubamise üle otsustamisel tuleb hinnata reaalselt olukorda, reaalselt mõju konkurentsile ja ettevõtluskeskkonnale. Ilmekaks näiteks on siinkohal kaasus *Lever Brothers*. Nimetatud kaasuses koondusid puhastusvahendite tootjad, kes hõlmasid praktiliselt kogu tugevate keemiliste puhastusvahendite turu. Sisuliselt omandasid koondumise osalised tugeva turgu valitseva seisundi, mida eelduslikult tuleks koondumiste regulatsioonis vältida. Kohus arvestas koondumisele luba andes aga asjaoluga, et kergemate puhastusvahendite turg oli jõuliselt hakanud lähenema tugevate puhastusvahendite turule ning koondumise osaliste konkurentsivõime tulevikus võis potentsiaalselt muutuda olematuks. Kohus rõhutas, et antud juhul oli tegemist olukorraga, kus ühe ettevõtja poolt teise ülevõtmine säilitas teise ettevõtja konkurentsivõime ja aitas rohkem kaasa konkurentsi edendamisele kui koondumise mittelubamine. (United States v Lever Brothers Co and Monsanto Chemical Co 1963) Seega tuleneb kaasusest, et arvestada tuleb kõikvõimalikke argumente ning koondumise lubatavuse üle otsustades tuleb argumentide pinnalt hinnata reaalselt olukorda ja äriühingute reaalseid väljavaateid.

1992. aasta USA-s DOJ ja FTC poolt kehtestatud Merger Guidelines tunnistas, et turul hiljuti toimunud või hetkel toimuvad muutused võivad viidata, et äriühingu hetkeline turuosa ülehindab või alahindab äriühingu konkurentsivõimelisust. Seetõttu on oluline hinnata konkurentsiolukorda, võttes arvesse turul toimuvaid või eeldatavaid muutusi. (McDavid 2010, 20) Siinjuures on ebarelevantne, et oleks tõendatud varade väljumine turult koondumise mittetoimumisel. Oluline on konkurentsiolukorra terviklik hindamine. Sisuliselt hinnatakse koondumist samaaegselt nii kausaalsuse puudumine kui majandusliku tõhususe kriteeriumi valguses.

United States v General Dynamics kaasus on üks parimaid näiteid koondumise realistliku hindamise osas. Nimelt leidis kohus kaasuses, et koondumine ei ole konkurentsi kahjustav, kuna koondumise osaliste turuosade suurus ei peegelda tegelikku turuvõimu ning nende

turuosade suurus lähitulevikus väheneb. (United States v General Dynamics Corp 1974) *General Dynamics* kaasuses kasutatud argumentatsioon on USA-s omandanud lausa eraldiseisva kriteeriumi koondumise hindamisel – ettevõtjate turujõu analüüsimisel ei piisa turuosade suuruste kvantitatiivsest hindamisest, vaid hinnang tuleb anda kvalitatiivsetele asjaolude tuginedes. Põhimõte on kasutusel sisuliselt ka Euroopa Liidus.

Kuigi Euroopa Komisjon otsesõnu ei ole *General Dynamics* kaitsle viidanud, on nad möönnud, et suured turuosad ja/või turukonsentratsiooni tase ei pruugi adekvaatselt näidata turu konkurentsistruktuuri edaspidiselt või koondunud äriühingu positsiooni turul. (McDavid 2010, 23) Hoolimata asjaolust, et *United States v General Dynamics* kaasuses ei kohaldanud kohus FFD-d, leides, et koonduv äriühing ei olnud piisavates majanduslikes raskustes, anti koondumisele siiski luba kausaalsuse puudumise ja majandusliku tõhususe kriteeriumeid arvestades ning üldist olukorda hinnates. Seega võib kahtluse alla seada FFD kontseptsiooni vajalikkuse üleüldse, kuivõrd sisuliselt tagaks üldpõhimõtete, sh kausaalsuse puudumise ja majandusliku tõhususe printsiipide rakendamine koondumiste kontrollis majanduslike raskustega arvestamise nii või teisiti, kui oluliseks on olukorra kaasusepõhine realistlik hindamine.

Printsiipidele tuginedes on otsused tehtud mitmetes ka FFD doktriini puudutavates kaasustes. Näiteks *Pirelli/Edizione Holding/Blu* kaasus, kus Komisjon ei analüüsinud FFD või kausaalsuse puudumise printsiibi kohaldatavust, kuid kohaldas mõningaid „mitte hullema stsenaariumi“ analüüsi aluspõhimõtteid. (Baccaro 2004, 18) (vt käesoleva töö lk 19) *Newscorp/Telepiu* kaasuses mööndi kausaalsuse olemasolu koondumise ja konkurentsi halvenemise vahel tulenevalt FFD mitte-kohaldamisest, kuid sellegipoolest aktsepteeriti monopolse seisundi kaasa toonud koondumist, tuginedes üldistele turutingimustele. (Baccaro 2004, 17) (vt käesoleva töö lk 13)

Eelnimetatud kaasused (*BLU ja Newscorp/Telepiu*) demonstreerivad Komisjoni pragmaatilist lähenemist ja valmisolekut võtta arvesse reaalseid turutingimusi ja tootmisvaldkonna üldist pilti, nii majandusliku elujõulisuse kui konkurentide arvu vaatepunktist lähtudes. (Baccaro 2004, 17) FFD doktriini sätestamise vajalikkus sedavõrd rangete kriteeriumitega, nagu see käesoleval hetkel Suunistes sätestatud on, tundub üha kaheldavam. Samas ei saa FFD doktriini konkreetse sätestamise vajalikkust tervikuna siiski eitada, kuivõrd insitutsiooni eraldiseisev reguleerimine tagab selle, et majanduslikud raskused oleksid selgeks argumendiks koondumisele loa andmise üle otsustamisel ja et ettevõtjatel oleks kindlus nimetatud erandi õigusjõu osas. Seda ka erandi õigusjõu puudumise osas, kui ettevõtjad

sooviksid tugineda tähtsusetutele majanduslikele raskustele. Seega eksisteerib FFD rangete kriteeriumite sätestamisel omamoodi majandusliku tõhususe kriteeriumi efekt, tagades, et ettevõtjad ise ei asu ressursse raiskama põhjendamatutele koondumistele lubade taotlemistega.

Samas kujuneb FFD kohaldamise osas konkurentsioorganite praktikat analüüsides paratamatult seisukoht, et rangete kriteeriumite sõnastamine Suunistes või US Guidelines's ei õigusta end lõpuni. Õiguslik ettenähtavus on kindlasti vajalik, et tagada ettevõtjatele võimalus mõista millistele tingimustel ja kuidas on põhjendatud FFD kontseptsioonile tuginemine, et vältida konkurentsioorganite poolt võimu kuritarvitamist. Siinjuures tasub tähele panna, et kuigi konkurentsioiguses kehtivad üldised printsiibid ja eesmärgid on Euroopas ja USA-s suhteliselt sarnased, on konkurentsioiguse rakendamine seevastu mõneti erinev - Euroopas on konkurentsiasutustele antud diskretsioon ja otsustusõigus otsustamaks konkurentsi toimimist tagavate meetodite üle, USA-s seevastu on DOJ-l ja FTC-l üksnes võimalus reguleerida konkurentsi kohtu kaudu. (Buccirossi 2008, x) Praktikast tähendab see seda, et Euroopas peavad ettevõtjad olema konkurentsiküsimustes tunduvalt ettevaatlikumad ja alluma konkurentsiametite poolt kehtestatavale praktikale, sest teoreetiline võimalus vaidlustada konkurentsiametite negatiivset otsust hiljem kohtus ei kompenseeri juba tekkinud kahju. Selliselt on selge, et konkurentsiametid omavad võimu kujundada konkurentsipoliitikat ilma võistleva menetluseta. Samal ajal on USA-s konkurentsiinstitutsioonid ettevõtjatega kohtu ees võrdseteks poolteks.

Taolise erisuse tõttu on Euroopa Liidus ettevõtjatel koondumise kontrollis tunduvalt keerulisem positsioon kui USA-s. Potentsiaalne võimu kuritarvitamise küsimus on kerkinud seda enam, et kuigi näiliselt eksisteerivad ranged FFD kohaldamise tingimused, lähtub Komisjon siiski pigem üldisematest põhimõtetest, muutes võimalikuks praktiliselt mistahes otsuse vastuvõtmise. Ettevõtjatel ei jää samas muud üle, kui loota Komisjoni poolt diskretsiooniõiguse õiglasele kasutamisele. Seega ei täida FFD rangete kriteeriumite olemasolu eesmärki tagada õiguskindlus ja ettevõtjate vaheline võrdsus koondumiste kontrollis.

Ka erialakirjanduses on leitud, et arvestades seda, kuidas Komisjon on siiani FFD rakendamise kontrolli läbiviinud, jääb mulje, et kriteeriumid eraldiseisvalt ei olegi niivõrd oluliselt, kuivõrd Komisjon otsustab koondumise lubatavuse üle selliselt, et kindlustada kõige tõhusam („*efficient*“) lahendus. (Monti 2007, 297) Seega on üsna lihtne kahelda Suunistes sätestatud kolme FFD kohaldamise tingimuse eraldiseisva sätestamise vajalikkuses, piisab

ehk üldiste kriteeriumite pinnalt juhtumipõhisest otsustusprotsessist. See viitab asjaolule, et Suunistes nimetatud kolme kriteeriumi eraldiseisev analüüsimine ei pruugi teenida konkurentsioiguse ega koondumiste kontrolli eesmäärke. Seda enam, et praktikas pahatihti jäetaksegi kriteeriumid koondumisele loa andmise eesmärgil kas analüüsimata või käsitletakse üksnes pealiskaudselt. See aga ei saa olla õigusliku regulatsiooni eesmärgiks ning seetõttu võiks kaaluda majandusliku tõhususe printsiibi sõnaselget sätestamist FFD reguleerimisel konkurentsioiguse aktides ning konkurentsioiguste nimetatud printsiibi käsitlemise kohustuse seadmist raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamisel.

3.3. Raskustes oleva äriühingu üksuse erand („*Failing division defence*“)

FFD kontseptsiooni raames on koondumiste kontrollis tuginetud ka raskustes oleva äriühingu üksuse erandile („*failing division defence*“), mis kujutab endast olukorda, kus majanduslikes raskustes olevaks ei ole mitte äriühing ise, vaid äriühingu üks allüksus või osakond. FFD kohaldamisel kontrollitakse FFD kriteeriumite täitmist veelgi rangemalt kui tavapärase raskustes oleva äriühingu erandi puhul. Euroopa Liidus kehtiv FFD doktriin (Suuniste peatükk VIII) sõnaselgelt FFD kohaldamise võimalust ette ei näegi. US Guidelines võimaldab seevastu FFD kohaldamist laiemalt kui Suunised. Seda seeläbi, et esiteks ei eristata US Guidelines's, milline ettevõtja koondujatest peab olema raskustes, ning otsesõnu aktsepteeritakse ka „*raskustes oleva divisjoni*“ („*failing division*“) erandit. (Baccaro 2004, 12) Seega on FFD kriteeriumid Euroopa Liidus rakendatavad tunduvalt kitsamalt, võrreldes USA regulatsiooniga.

Erandite liigne kitsendamine rangete kriteeriumitega võib samas omada negatiivset mõju konkurentsioiguse aluseesmärkidele. Nimelt omab FFD, sh FFD kontseptsiooni kohaldamise võimalikkus olulist tähendust eriti majandusliku tõhususe kriteeriumi valguses, kuna ainuüksi erandi kasutamise võimalikkus võib edendada ettevõtlust. Weeds ja Mason on seisukohal, et praegune konkurentsiregulatsioonide poliitika FFD suhtes võib mõjutada turule sisenemise otsuseid. Tavaliselt kaalub ettevõtja enne turule sisenemist ka võimalusi, kuidas vajadusel turult lahkuda. M&A on parimaid viise turule sisenemiseks, sest koos omandatud ettevõttega omandatakse infrastruktuur, spetsialistid ja klientuur. Seega julgustab FFD turule sisenemist, suurendades samal ajal üldist heaolu. Isegi kui heaolu väheneb pankrotistuva ettevõtja omandamise tulemusena, kompenseerib selle teise ettevõtja turule sisenemine. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 109) Samalaadselt omab positiivset mõju FFD rakendamise lubatavus.

FDD peamiseks konkurentsioiguslikuks ohuks peetakse seda, et majanduslikult elujõuline äriühing üritab FDD abil luua näilist pilti majanduslikest raskustest, viies tegelikkuses läbi keelatud koondumise edukate äriühingute vahel. USA-s on FTC asunud seisukohale, et FFD kontseptsiooni laiendamine FDD-le tähendab, et segakontsern saab lihtsalt kinni panna ühe äriiliini, ühe tehase, ühe töösakonna või kogu üksuse ja suunata oma tähelepanu teistele tegevustele, jättes teised jääke korjama. Samas võimaldab realistlik olukorra hindamine juhtumipõhiselt sellekohase seisukoha ümber lükata ja hinnata FDD printsiibi kohaldamise vajadust ja mõistlikkust. (J. McDavid 1980-1981, 240) Eriti oluline on FDD kohaldamisel majandusliku tõhususe kriteeriumiga arvestamine, kuna FDD alusel koondumise lubamine eeldab koondumise majanduslikku kasulikkust üldpildis veelgi enam kui FFD rakendamine. Seda just põhjusel, et FDD kohaldamine on konkurentsi kahjustamise mõttes seotud enamate riskidega.

Siinkohal on markantseteks näideteks Euroopa Liidus lahendatud FDD argumenti hõlmanud kaasused. *Newscorp/Telepiu* kaasuses aktsepteeris Euroopa Komisjon sisuliselt FDD argumenti, kuid seda suuresti üksnes majandusliku tõhususe kriteeriumile tuginedes. Ülevõetav ettevõtja oli majanduslikult edukas, kuid sooviti ühendada üht selle divisjonidest, mis oli tõsisest majanduslikes raskustes. Newscorp väitis, et divisjon on pankrotistuv ja väljuks turult, kui koondumine aset ei leia, sest ettevõttel ei ole ühtki realistlikku väljavaadet saada kasumlikuks omaette äriühinguna. Kuna Newscorpi tervikuna turult väljumise oht ei ähvardanud, oli seega tegemist justkui juhatuse otsusega panna kinni kasumit mitteteeniv üksus. (Newscorp/Telepiu 2003)

Huvitav on, et Komisjon lubas koondumise, hoolimata sellest, et asus seisukohale, et Newscorp ei suutnud kausaalsuse puudumist koondumise ja konkurentsi kahjustumise vahel tõendada. Komisjon, võttes arvesse üldisi turutingimusi (mõlema ettevõtja kroonilisi majandamisprobleeme ja Itaalia turu iseärasusi), leidis, et koondumise lubamine teatud tingimustel on tarbijatele kasulikum kui Streami võimalik sulgemine. (Newscorp/Telepiu 2003) Seega, arvestamata isegi kausaalsuse puudumise printsiipi, andis Komisjon koondumisele loa, tuginedes majandusliku tõhususe kriteeriumile.

Seega oli Euroopa Komisjon FDD kohaldamisel *Newscorp/Telepiu* kaasuses suhteliselt leebe. Kokkoris ja Olivares on lausa leidnud, et kui Komisjon oleks sarnaselt eelnimetatud kaasusele hinnanud olukorda tervikuna, oleks luba koondumisele antud võib-olla ka *Bertelsmann* ja *Rewe/Meinl* kaasustes. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 417)

Kaasuses *Bertelsmann/Kirch/Premiere* langetatud negatiivne otsus koondumise osas oleks võinud olla teistsugune, kui Komisjon oleks FDD-sse näidanud leebemat suhtumist. Bertelsmann AG tugines FDD-le, kuivõrd äriühing soovis kinni panna ettevõtte üksnes ühe osakonna. Komisjon rõhutas nimetatud kaasuses, et sellisel puhul peavad olema eriti kõrged standardid hindamaks, kas põhjusliku seose puudumise tingimused on tõepoolest täidetud. Seega hindas Komisjon koondumist kausaalsuse puudumise printsiibi, aga samas mitte majandusliku tõhususe kriteeriumi valguses. FFD ranged kriteeriumid jäid aga kõrvalisse rolli. (Bertelsmann/Kirch/Premiere 1999) Majandusliku tõhususe kriteeriumi rakendamisel ja turusituatsiooni igakülgesel hindamisel oleks koondumise kontroll võinud jõuda vastupidise, s.t koondumist lubava otsuseni.

Majandusliku tõhususe argumendi mittekasutamine tõi kaasa üsna kaheldava väärtusega otsuse ka kaasuses *Rewe/Meinl*. (Rewe/Meinl 1999) Kaasuses tuginesid pooled FDD-le, kuid Euroopa Komisjon jättis koondumisele loa andmata, leides, et pooled ei suutnud tõendada, et ülevõtmise ärajäämisel Meinl igal juhul lähitulevikus turult väljuks ja et turuosa hõivaks igal juhul Rewe. Pooled ei täitnud seega *Kali und Salz* kaasuses sõnastatud kriteeriume ning Komisjon järelendas, et koondumine tugevdab turgu valitsevat seisundit ehk kahjustab oluliselt konkurentsi. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 123-124) Erinevalt *Newscorp/Telepiu* kaasusest, kus olulist rolli mängisid turutingimused ja konkreetse koondumise iseärasused, lähtus Komisjon *Rewe/Meinl* kaasuses rangetest kriteeriumitest.

See näitab ilmekalt, et kuigi ranged kriteeriumid peaksid teenima õiguskindluse põhimõtet, on olukord hoopiski vastupidine. FFD-d, sh FDD-d, nagu ka üldisi kriteeriume (kausaalsuse puudumise ja majandusliku tõhususe printsiibid) kohaldatakse sisuliselt lähtuvalt Euroopa Komisjoni suvast. Just taolise olukorra vältimine nõuab FFD rangete kriteeriumite allutamist üldistele printsiipidele ja nendega arvestamise kohustuslikuks muutmist kas või õigusliku regulatsiooni kaudu.

Mis puutub FFD eraldiseisvasse Suunistes sätestamise vajadusse, siis kausaalsuse puudumise ja majandusliku tõhususe kriteeriumite sätestamisel hõlmaks FFD kontseptsioon nii või teisiti ka võimalust tugineda FDD-le. Seda seetõttu, et oluliseks saab kaasusepõhine olukorra hindamine ja reaalse olukorraga arvestamine. Seda enam, et sisuliselt on Euroopa Komisjon juba praegu kohaldanud FDD-d praktikas FFD kontseptsiooni raames. Erialakirjanduses on asutud seisukohale, et konkurentsiõigus on üldiselt piisavalt paindlik, et võtta konkurentsianalüüsis arvesse turutingimusi. (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 4) FFD kontseptsiooni raames saaks piisavat paindlikkust jaatada siiski juhul, kui konkurentsiorganid

on FFD rangete kriteeriumite asemel õiguslikult kohustatud arvestama üldiste printsiipidega, s.h kausaalsuse puudumise ja majandusliku tõhususe kriteeriumiga.

IV SOTSIAALSED TEGURID

4.1. Sotsiaalsete teguritega kui ühiskonna heaoluga arvestamine raskustes oleva äriühingu erandi kontseptsioonis

FFD kontseptsiooni konkurentsioiguse aktides sätestatud kriteeriumid ei näe ette sotsiaalsete teguritega arvestamise kohustust koondumise lubatavuse üle otsustamisel. Sellest hoolimata on kohtud ja konkurensiorganid sageli pidanud oluliseks arvestada lisaks klassikalistele FFD kohaldamise tingimustele ja kausaalsuse puudumise või majandusliku tõhususe kriteeriumitele sotsiaalsete kasuteguritega.

Sotsiaalsete kasutegurite arvestamine FFD kohaldamisel on tegelikkuses käinud FFD kontseptsiooniga kaasas selle loomisest alates. Nimelt rõhutas USA Ülemkohus juba kaasuses *International Shoe* sotsiaalsete teguritega arvestamise kohustust (vt käesoleva töö alapunkt 1.2.). Enamik nimetatud otsuse kommenteerijatest on leidnud, et kohus oli valmis aktsepteerima konkurentsi vähenemist koondumise tõttu just seetõttu, et sooviti edendada teisi sotsiaalseid eesmärke, seal hulgas vähendada kahju kohalikule kogukonnale ja võlausaldajatele. (Campbell 1984-1985, 256) Seega ei lähtunud kohus konkurentsioigusliku situatsiooni hindamisel üksnes kitsalt koondumiste osaliste huvidest või asjaomase turu olukorrast, vaid pidas oluliseks hinnata koondumise mõju ühiskonnale laiemalt.

Kui arutleda konkurentsioiguse laiemate eesmärkide üle, siis tuleb nentida, et ühiskonna huvidega arvestamine on nende loomulik osa. Nimelt on konkurentsioiguse regulatsioon kujunenud eelkõige vajadusest luua tasakaal ettevõtjate erahuvid ja ühiskonna üldiste huvide vahel. Eraldiseisvalt on erialakirjanduses konkurentsioiguse eesmärkidena välja toodud majandusliku jõu koondumise vältimine, kasumi jaotamine ja jõukuse õiglasem jaotamine, tarbijate kaitsmine, ühendatud turgude loomine ja kunstlike turubarjääride tekkimise vältimine. (Rodger ja Macculloch 2009, 16-20) Seega segunevad ja peavadki segunema konkurentsioiguses ühiskonna üldised huvid ja ettevõtjate erahuvid. Samamoodi peab koondumiste kontrollis olema tagatud, et FFD kohaldamisel võetakse arvesse kõik olulised

argumendid nii koondumise lubamise poolt kui ka vastu. Sealjuures peaks ühiskonna huvid ja sotsiaalsed argumendid omama isegi suuremat kaalu kui mistahes muud formaalsed juriidilised või majandusteaduslikud seisukohad.

Konkurentsioiguse regulatsioon peaks olema kallutatud rohkem ühiskonna huvide eest seismise poole, kuna ettevõtjate erahuvide soodustamine tooks enam kahju kui ühiskonna huvide prevaleerimine. Sõltumatult tegutseda saavaid ettevõtjaid motiveeriks suure tõenäosusega üksnes isekas kasumiteenimise motiiv ja puuduks mistahes huvi kasvatada tarbijate heaolu. Seni kuni turul toimib aga tõhus konkurents, on see just kui „nähtamatuks käeks“, mis suunab ettevõtjate tegevust selliselt, et sellest võidaksid ka tarbijad. (Lyons 2009, 3) „Nähtamatu käe“, s.h koondumiste kontrolli ja FFD kontseptsiooni sobivaks kujundamiseks tuleb paratamatult arvestada ühiskonna sotsiaalsete vajaduste ja huvidega.

Võib öelda, et sotsiaalsed aspektid – ühiskonna huvide kaitse oligi üheks tõukejõuks konkurentsioiguse regulatsiooni kujunemises. Seda enam tuleks aktsepteerida sotsiaalsete tegurite arvestamist ka FFD kohaldamisel. USA tunnustatud õigusteaduse professor Lawrence A. Sullivan näeb sotsiaalsete teguritega arvestamist ühe peamise FFD kontseptsiooni voorusena: „*Juriidilise diskretsiooni olemasolu valdkonnas, kus tuleb kaaluda nii maiseid kui majanduslikke väärtusi, on tõenäoliselt sobivaks vastumeetmeks jäigale ja struktuursele koondumiste regulatsioonis kehtivale analüüsile, s.t analüüsile, mis ükskõik kui võimas ka näiks, jätab arvestamata väga palju olulisi elulisi asjaolusid, mis omavad tähtsust reaalses elus toimival turul.*“ (Sullivan 1977, 630)

Samas professorid Areeda ja Turner on leidnud, et see ei tundu teostatav ega sobiv, et kohtud ise otsustavad ja valivad koondumiste kontrolli ning FFD kontseptsiooni raames erinevate konfliktsete erahuvide vahel. (Campbell 1984-1985, 256) Eeltoodud vastuväite tuleks vastu vaielda ainuüksi põhjusel, et ühiskonna huvid iseenesest koondavad endas erinevaid erahuvisid ning mistahes õigusliku otsuse langetamisel tuleb leida võimalikult optimaalne lahendus konfliktsete erahuvide rägastikus. Lihtne loogika ütleb, et mida rohkem erinevaid argumente otsustusprotsessi kaasata ja mida põhjalikuma diskursuse kaudu otsuseni jõuda, seda suurema tõenäosusega langetatakse üldsuse jaoks võimalikult aktsepteeritav lahendus. Seega ei ole sotsiaalsete argumentide kõrvale jätmine FFD kontseptsioonist ühelgi moel õigustatud ega ka vajalik.

Oluline on mõista, et FFD kontseptsioon ei teeni üksnes koonduda soovivate ettevõtjate huve, vaid FFD kontseptsiooni rakendamisest on võimalik võita nii tarbijatel kui ühiskonnal tervikuna. Just nimelt seetõttu on FFD kohaldamisel on hakatud arvestama ka sotsiaalseid

tegureid. FFD kontseptsiooni rakendamine rajaneb Euroopa Liidus eelkõige koondumiste kontrolli regulatsioonile, s.t Määrusele 139/2004 ja Suunistele, kuid suures plaanis ka Euroopa Liidu aluspõhimõtetele. Nüüdseks on Liidu aluspõhimõttena konkurentsivõime osas eraldisseisvalt sõnastatud sotsiaalsed eesmärgid ja ühiskonna laiema heaolu saavutamine.

Euroopa Liidu lepingu artikli 3 lõige 3 sätestab pärast Lissaboni lepingu jõustumist 1. detsembril 2009. a: „*Liit rajab siseturu. Liit taotleb Euroopa säästvat arengut, mis põhineb tasakaalustatud majanduskasvul, hindade stabiilsusel ja kõrge konkurentsivõimega sotsiaalsel turumajandusel, mille eesmärk on saavutada täielik tööhõive ja sotsiaalne progress, samuti kõrgetasemelisel keskkonnakaitset ja keskkonna kvaliteedi parandamisel. Liit edendab teaduse ja tehnoloogia arengut.*“ Artikli sõnastus lausa nõuab sotsiaalsete mõjudega arvestamist ja pikemaajaliste perspektiivide silmaspidamist.

Tähelepanu tuleb pöörata asjaolule, et enne Lissaboni lepingu jõustumist oli Euroopa Liidu eesmärgiks vaba konkurentsiga avatud turumajandus. Seega muudeti aluspõhimõtete sõnastust üsnagi oluliselt, kuivõrd tugeva konkurentsiga sotsiaalse turumajanduse tagamine („[...]kõrge konkurentsivõimega sotsiaalsel turumajandusel [...].“) rõhutab erinevalt vaba konkurentsiga avatud turumajanduse eesmärgist selgelt pigem ühiskonna sotsiaalset huvi kui üksnes majanduskasvu ja ettevõtluse huvisid. Sotsiaalne turumajandus baseerub vabaturu printsiibi ja sotsiaalse tasakaalu seotusel, vaba konkurentsiga avatud turumajandus viitab üksnes konkurentsi iseregulatsioonile. Seega on Euroopa Liit võtnud suuna ettevõtjate vaheliste suhete tihedamale reguleerimisele tagamaks sotsiaalseid eesmärke. Seda enam, et eesmärgidena on nüüdseks sätestatud veel tööjõu täielik hõivatus ja hinnastabiilsuse tagamine.

Selline vaba ettevõtluse piiramine ja ühiskonna huvide arvestamine võiks konkurentsivõimes tähendada ühtlasi seda, et koondumiste kontrollis peab olema võimalik arvestada kõikvõimalike poolt- ja vastuargumentidega, et langetada ühiskonnale tõepoolest kõige kasulik otsus. Sotsiaalsete argumentidega arvestamise vajadust FFD kohaldamise üle otsustamisel on toetatud kohtupraktikas ka pärast *International Shoe Co v FTC* kaasust.

Kohtuasjas *CCE de Vittel & Other v Commission* leidis Esimese Astme Kohus, et EMÜ nõukogu määruses nr 4064/89¹¹ sätestatud eesmärk luua süsteem, mis kindlustab tõhusa konkurentsi tagamise, nõuab teatud juhtudel ka sotsiaalsete eesmärkidega arvestamist. (*CCE de Vittel & Other v Commission* 1995) See tähendab, et koondumise sotsiaalsed tagajärjed (nt töökohtade kadumine) võivad tuua kaasa koondumise keelamise isegi juhul, kui koondumise

¹¹ Märkus. EMÜ nõukogu määrus nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumise üle oli sisuliselt Määruse 139/2004 eelkäija.

kontrolli järgi konkurents ei kahjustu. Samamoodi võiksid positiivsed sotsiaalsed efektid mängida rolli koondumisele loa andmisel. (Monti 2007, 296) Seega võib väita, et koondumiste kontroll on või peaks olema praktikas tunduvalt dünaamilisem kui Määrus 139/2004 või Suunised sel paista lasevad.

Professor Carl Shapiro on leidnud, et koondumisi hinnates peab pilk olema suunatud pikaajalistele tulemustele, mitte lühiajalistele, seda enam, et koondumised võivad konkurentsiolukorda muuta jäädavalt. (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 4) Sotsiaalsete tegurite arvesse võtmisel on FFD kontseptsiooni raames võimalik näha koondumise kaugeleulatuvaid tagajärgi ning väljuda rangetest FFD kriteeriumitest, võimaldades anda luba koondumistele, mille tagajärjed teenivad ühiskonna laiemaid huvisid.

Näiteks USA-s ei peatanud kohus kaasuses *FTC v Great Lakes Chemical Corp* koondumist esialgse õiguskaitse korras, kuna leidis, et tulu ühiskonnale kaalub üles konkurentsi kahjustavate mõjude peatamise. Kohus rõhutas lisaks, et selleks, et teha kindlaks Clayton Antitrust Act § 7¹² rikkumine, tuleb kaaluda koondumise mõju tarbijatele. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 188-189)

Sotsiaalsete argumentide arvestamine on erilise tähtsuse omandanud ühiskonnale eriti olulistes majandusharudes, s.h pangandussektoris. Parimaks näiteks on siinkohal *Lloyds/HBOS* kaasus, kus majandusliku tõhususe argumendi kõrval omas olulist rolli sotsiaalsete tegurite argument (vt käesoleva töö lk 36). Suurbritannia võimorganid teatasid, et valitsuse eesmärgiks on tagada likviidsus, vaba kapitali olemasolu ja võtta kasutusele meetmed, mis on vajalikud, et kindlustada pankade ellujäämine finantskriisis. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 142-145) Seal hulgas andis Riigisekretär loa *Lloyds/HBOS* koondumisele FFD alusel, pidades silmas ühiskonna jaoks parimat valikut ja seega sotsiaalseid tegureid.

FFD kontseptsiooni suurt sotsiaalset väärtust tõendab ka kaasus *United States v Philadelphia National Bank*, kus USA Ülemkohus küll ei kohaldanud FFD-d, kuid kinnitas, et FFD-d võib kasutada pangandussektoris, kus ettevõtte pankrotistumisel on avalikkusele suurem mõju kui teiste valdkondade ettevõtetel. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 192-193) Samamoodi leiti kaasuses *United States v Third National Bank*, et kui pankade pankrotistumise ohu puhul kaalub kasu teeninduse paranemisest üles konkurentsi kahjustava tulemuse ja koondumine on

¹² Clayton Antitrust Act § 7 reguleerib, millised koondumised on keelatud: „No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. [...]“

oluline avaliku huvi tõttu, siis on koondumine lubatav. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 192-193)

Seega on kohtupraktika sidunud FFD kontseptsiooni otseselt sotsiaalsete huvidega. Sisuliselt on kohtud leidnud, et FFD on eriti vajalik olukordades, kus kaalukausil on olulised avalikud huvid ja koondumise kontrolli formaalsed piirid ei tohi kaasa tuua kahju tekkimist ühiskonnale. Sellest võib järeldada, et FFD kontseptsiooni väärtus seisneb suuresti võimaluses arvestada erinevate argumentidega, et langetada otsus, mis on võimalikest parim. Seda enam tuleb äärmiselt põhjalikult veenduda, et õigusaktides sõnastatud ranged FFD kontseptsiooni tingimused annavad võimaluse arvestada mistahes relevantsete asjaoludega ja ei eksita oma piiratusega ettevõtjate õiguspäraseid ootusi.

4.2. Raskustes oleva äriühingu erandi kriteeriumid sotsiaalsete tegurite argumendi valguses

Nagu eelnevates peatükkides analüüsitud (vt käesoleva töö alapeatükid 2.2. ja 3.2.), on FFD kohaldamise kriteeriumid konkurentsioiguse aktides, iseäranis Suunistes sõnastatud eelkõige lähtuvalt kunagisest kohtupraktikast ning on arvatavasti seetõttu kujunenud üsna piiratuks. Suuniste punktis 90 loetletud tingimused baseeruvad eelkõige *Kali und Salz* ja *BASF/Eurodiol* kaasustel, mis on küll olulisemateks lahenditeks FFD kontseptsiooni kujunemisel, kuid mis siiski ei arvesta FFD doktriini erinevate külgede ja võimalustega.

Suuniste punktis 90 sätestatud esimene FFD kohaldamise kriteerium, et raskustes oleva äriühingu majanduslikud raskused oleksid sedavõrd tõsised, et äriühing oleks sunnitud rahaliste raskuste tõttu lähitulevikus turult lahkuma, kui mõni teine ettevõtja seda üle ei võta, eeldab üksnes raskustes oleva äriühingu puhtfinantsilise olukorra analüüsimist. Erialakirjanduses on rõhutatud, et sotsiaalsete tegurite, eelkõige kulude, ignoreerimine on irratsionaalne ja tõenäoliselt ka konkurentsioiguse aluspõhimõtetega vastuolus. Arusaamatu on töötajate, ühiskonnagruppide või äriühingu omanike väljavaadete eiramine. (Correia 1996, 699) Paraku on FFD kohaldamise esimene kriteerium sõnastatud vähmalt Euroopa Liidu tasandil niivõrd piiravalt, et majanduslike raskuste hindamisel just kui muid näitajaid peale rangelt finantsiliste arvestada ei saa. Samas tuleks majanduslike raskuste hindamisel arvestada võimalikku tekkivat kahju ka sotsiaalsete tegurite valguses. Mida suurem risk on tekkivale sotsiaalsele kahjule, seda madalam võiks olla majanduslike raskuste olemasolu standard.

Suunistes sätestatud teine FFD kohaldamise kriteerium, mille kohaselt tuleb tõendada, et puuduvad koondumisest vähem konkurentsivastased ostuvõimalused, on piiritletud kitsalt

konkurentsituatsiooni analüüsimisega ning jätab samuti vähe ruumi sotsiaalsete argumentide arvestamiseks. Kriteeriumi sõnastus sätestab otsesõnu, et alternatiivsete pakkumiste olemasolu või puudumist hinnatakse lähtuvalt nende konkurentsivastasusest. Samas jääb seejuures kõrvale analüüs, kas alternatiivid oleksid sotsiaalsete tegurite argumendi valguses ehk paremad. Näiteks kas tooks mõni alternatiivne pakkumine kaasa enamate töökohtade säilimise või mõne teise sotsiaalse hüve, mida kontrollitav koondumine ei tooks.

Suuniste punktis 90 sätestatud kolmas FFD kohaldamise kriteerium, mis nõuab, et oleks tõendatud, et koondumise mittetoimumisel väljuksid raskustes oleva äriühingu varad vältimatult turult, on taas kord kontsentreeritud üksnes konkreetse äriühingu varade ja majandusliku olukorra hindamisele. Olgugi et varade turult väljumise kriteerium on enamasti kooskõlas sotsiaalsete huvidega, kuna enamikul juhtudest on varade turult väljumine ühiskondlikult kahjulikum kui turule jäämine, ei saa kriteeriumiga pimesi nõustuda. Nagu eelnevalt mainitud, võib teatud juhtudel eksisteerida olukordi, kus varade turult väljumine on ühiskonnale hoopiski kasulik (vt *käesoleva töö lk 29*). Ainuüksi asjaolu, et selline erandlik olukord on võimalik, peaks äratama kahtlust Suuniste punktis 90 sätestatud kolmanda FFD kohaldamise kriteeriumi kui kontseptsiooni üldtingimuse sobivuse osas.

Seega puudub käesoleval hetkel Euroopa Komisjonil kohustus arvestada FFD kriteeriumite alusel sotsiaalsete tegurite argumendiga, mida samas Komisjon ise on praktikas kohati kohaldanud. Õiguskindluse tagamiseks ja äriühingute võrdsuse tagamiseks peaks sotsiaalsete tegurite argument olema Suunistes sätestatud kas või üldise printsiibina, mis kohustaks Komisjoni arvestama printsiibiga mistahes koondumiste kontrolli raames.

Käesoleval hetkel on Euroopa Liidus kehtiv FFD regulatsioon selgelt kallutatud nõrgemate turuosaliste kasuks – see tähendab, et FFD võimaldab päästa eelkõige ettevõtjaid, mis nagunii on konkurentsi mõttes autsaideriteks või mille väljumine/mitteväljumine turult on suhteliselt väikese mõjuga. Seda seetõttu, et nende turult väljumine on tõenäolisem ja nende puhul on koondumise kontrolli tingimused leebemad, kuna Euroopa Liidus lähtutakse eelkõige turukontsentratsiooni kriteeriumist, mis väikeste ettevõtjate puhul ei oma nii või teisiti erilist tähendust.

Samas ettevõtjate puhul, kes omavad suurt turuvõimu, kuid mis tähendab, et omavad seetõttu ka suurt tootlikkust ja kasu ühiskonnale, peavad koondumise osalised suutma tõendada kohati lausa utoopilisi tingimusi, et tugineda FFD argumendile. Taoline vastuolo tuli selgelt välja *Lloyds TSB/HBOS* kaasuses, kus ilma riigisekretäri sekkumiseta olekski pankrotistunud Suurbritannia suurimaid panku (vt *käesoleva töö lk 51*).

Sellisel juhul jääb mulje, et sotsiaalsete argumentide hindamist ei ole vähemalt Euroopa Liidu tasandil defineeritud FFD kohaldamise kriteeriumite raames ette nähtud. Seejuures on oluline märkida, et FFD kriteeriumite liigne piiritlemine ja juriidilistesse formaalsustesse surumine on seda arusaamatum, kuivõrd need samad kriteeriumid kujunesid konkreetse kaasuse pinnalt ja arvestasid konkreetse kaasuse asjaolusid. Nagu eelnevalt märgitud, on näiteks Suunistes sätestatud FFD kohaldamise tingimused pärit eelkõige *Kali und Salz* ja *BASF/Eurodiol* kaasustest. Olgugi, et nimetatud kaasustes üritas kohus luua üldisi kriteeriume, mida võiks FFD kohaldamise üle otsustamisel arvesse võtta, tegi kohus otsuse siiski just nimelt konkreetsetes kaasustes ja lähtudes konkreetse kaasuse asjaoludest. Erialakirjanduses on avaldatud arvamust, et sotsiaalseid tegureid arvestati vähemalt kaudselt ka *BASF/Eurodiol* kaasuses. Baccaro leiab: „*Järelikult peeti alternatiivset tulemust koondumise mittetoimumise korral konkurentsiolekorrade ja lõpp-kokkuvõttes ka tarbijatele ohtrikumaks kui mõjusid, mis tulenesid koondumisest.*“ (Baccaro 2004, 16) Seega eeldab FFD doktriin juba olemuselt kaasusepõhist analüüsi ning kõikvõimalike tegurite, s.h kausaalsuse puudumise, majanduslike kasutegurite ja sotsiaalsete tegurite argumentidega arvestamist.

Veidi liberaalsem on USA-s kehtiva US Guidelines lähenemine. US Guidelines kohaselt tuleb koondumise kontrolli raames määrata asjaomane toote- ja geograafiline turg ja identifitseerida seal konkureerivad ettevõtjad; hinnata koondumist turu kontsentratsiooni ja teiste turgu karakteriseerivate faktorite valguses; teha kindlaks koondumise võimalikud konkurentsi ohustavad efektid; hinnata uute ettevõtjate turule sisenemise tõenäosust; hinnata konkurentsimojusid turu kontsentratsiooni ja teiste turgu karakteriseerivate faktorite valguses; võtta arvesse kõikvõimalikke koondumisega kaasnevaid olulisi kasutegureid, mida ei ole võimalik saavutada teiste vahenditega.

Seega näeb USA regulatsioon otsesõnu ette lausa kohustuse arvestada koondumisele hinnangut andes ka koondumisega kaasnevate kasuteguritega, kusjuures nimetatud kasutegurite sisu ei ole kuidagi piiritletud. Näiteks ei keelanud USA Department of Justice 2006. aastal Whirlpool Corporation'i poolt Maytag Corporation'i ülevõtmist, hoolimata mõlema äriühingu võrdlemine suurtest turuosadest pesutootmises USA-s. Maytag oli majanduslikult raskustes olev äriühing, kelle suured tootmiskulud vähendasid oluliselt tema konkurentsivõimelisust. DOJ leidis, et konkurentsitegurid, sh teised tugevad konkurendid ja hiljutised uued suure tootmisvõimsusega turulesisenejad, ja suur kulusääst ning teised hüved, mida Whirlpool suure tõenäosusega saavutab, viitavad, et see koondumine suure tõenäosusega ei kahjusta tarbijate heaolu. (Gotts, Asker ja Goodman 2010, 5)

Nii tundub, et USA käsitlus FFD kriteeriumitest on tunduvalt liberaalsem kui Euroopa Liidu regulatsioon. Sellele viitab muu hulgas asjaolu, et US Guidelines ei piiritle koondumise osalisi, kes võiks kvalifitseeruda raskustes olevaks äriühinguks – Suuniste punkti 90 järgi peab raskustes olevaks äriühinguks olema üksnes ülevõetav ettevõtja. Samuti näeb US Guidelines ette raskustes oleva äriühingu üksuse erandi (*failing division defense*) kohaldamise võimaluse. Sellised suhteliselt väikesed erinevused toovad siiski kaasa selle, et USA lähenemine on laiem ning erinevate argumentide, sh sotsiaalsete asjaolude arvestamine koondumiste kontrollis ja FFD kohaldamisel on mõnevõrra lihtsam. Seda enam, et USA-s langetatakse koondumise osas otsus kohtu poolt võistlevas menetluses konkurentsioorgani ja ettevõtjate vahel, mis samuti garanteerib, et otsustuse aluseks on võimalikult palju erinevaid kriteeriume ja et otsus on maksimaalselt ühiskonna huve arvestav (*vt käesoleva töö lk 44*).

Euroopa Liidus on Euroopa Komisjonil ja Suurbritannias OFT'l ja CC'l samas otsustamise õigus ühepoolset ning hetkeks, mil ettevõtjal on tekkinud võimalus nendepoolse otsuse vaidlustamiseks kohtus, võib pöördumatu kahju äriühingute majandustegevusele olla juba tekkinud. Arvestades koondumise kontrolli ja FFD kontseptsiooni kohaldamise üle otsustamise kallutatust konkurentsioorganite poole, on seda enam arusaamatu FFD doktriini kriteeriumite piiratud loetelu ja olukord, kus ettevõtjatel samas puudub kindlus nende poolt esitatud argumentide arvestatavuse osas. Sotsiaalsete tegurite argumendi arvestamise kohustuslikkus konkurentsioorganite poolt peaks seetõttu olema eraldiseisvalt üheks FFD kontseptsiooni üldkriteeriumiks.

4.3. Sotsiaalsete teguritega arvestamise relevantsus

Käesoleval hetkel on Euroopa õigusruumis kujunenud olukord, kus ühelt poolt jaatatakse sotsiaalsete tegurite argumendiga arvestamise vajadust, kuid samas puudub ettevõtjatel kindlus, et seda koondumise kontrollis realselt tehakse. Euroopa Liidu aluspõhimõttena on küll sõnastatud tugeva konkurentsiga sotsiaalse turumajanduse tagamine (*vt käesoleva töö alapunkt 4.1.*), kuid samas on sotsiaalsete tegurite argumendile tuginemine Euroopa Liidus sätestatud FFD kontseptsiooni kriteeriumite raames äärmiselt raskendatud kui mitte võimatu. Seda põhjusel, et Suuniste punktis 90 loetletud FFD kohaldamise tingimused seovad FFD kohaldamise üksnes ühe ettevõtja finantsilise olukorra analüüsimisega või otsese konkurentsivastasuse küsimusega.

Erialakirjanduses on avaldatud arvamust, et sotsiaalsete tegurite arvestamine samas on vajalik ja peaks kuuluma FFD kontseptsiooni kriteeriumite hulka. Correia arvates peaksid

konkurentsiametid võtma arvesse ka sotsiaalseid kulusid, kuid kulude arvestamiseks tuleks luua üldisem sellekohane FFD kohaldamise kriteerium. Tema nägemuses ei tohiks sotsiaalseid kulusid võtta arvesse individuaalse kaasuse põhisel. (Correia 1996, 700) Sotsiaalsete kulude hindamine üldise kriteeriumi alusel eeldab, et suudetakse sõnastada FFD kohaldamise tingimus, mis on piisavalt paindlik erinevate situatsioonide hindamiseks, kuid samas võimalikult konkreetne, et tagada õiguskindlus FFD-le tugineda soovivate ettevõtjate jaoks.

Näiteks võiks kaaluda sotsiaalsete kulude argumendi sidumist Suunistes sätestatud FFD kohaldamise teise kriteeriumiga. Alternatiivide hindamine konkurentsivastasuse alusel võiks olla täiendatud sotsiaalsete kulude hindamise vajadusega ehk koondumise kontrolli raames tuleks analüüsida, kas esineb alternatiivseid pakkumisi, mis oleks vähem konkurentsivastased ja millega kaasneksid ühtlasi väiksemad sotsiaalsed kulud.

Lisaks peaks olema FFD kohaldamise raames võimalik võtta arvesse üldisi konkurentsioiguse ja ühiskonna eesmäärke. Euroopa Liidus võivad tõlgenduslikud asjaolud arvesse tulla seoses Euroopa Liidu aluspõhimõtetega, mis sätestavad tööjõu täieliku hõivatuse eesmärgi ja sotsiaalse heaolu tagamise eesmärgi. Nii konkurentsioigus tervikuna kui koondumise kontroll peaks baseeruma nimetatud põhimõtetel ning nende kasutamine konkreetsete sätete tõlgendamisel peaks tagama koondumise kontrollis langetatud otsuste kooskõla Euroopa Liidu peamiste eesmärkidega. Seetõttu ongi erialakirjanduses avaldatud arvamust, et ehk peaks FFD kohaldamise üle otsutamisel kohalduma laiem industriaalpoliitiline standard. Seda enam, et FFD-d võib pidada üheks selgemaks näiteks olukorrast, kus konkurentsioigus soovib allutada standartse konkurentsi küsimuse teistele väärtustele. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 416)

See tähendabki, et FFD kontseptsioon eeldab ja vajab sotsiaalsete argumentidega arvestamist, et võimaldada anda luba koondumistele, kus nii sotsiaalseid argumente kui äriühingu majanduslikku olukorda arvesse võttes puudub alus selle keelamiseks. J. McDavid on leidnud, et ebaedukas äriühingu reorganiseerimine ei teeni konkurentsi ega ühiskonna eesmäärke, mistõttu peaksid kohtud võtma arvesse ka koondumise sotsiaalseid efekte, isegi kui need ei ole kontrolli mõttes esmaolulised. (J. McDavid 1980-1981, 236)

Samas tõdetakse erialakirjanduses, et Määruse 139/2004 kohaldamisel ei ole sotsiaalseid tegureid Euroopa Liidus siiani praktiliselt kasutatud. Näiteks argumendid, et ühendatav ettevõtja väljub turult, kui koondumist ei toimu, või et töökohad kaovad ei ole EL kohtupraktika järgi olnud eraldiseisvalt piisavaks aluseks FFD kohaldamiseks ja koondumise lubamiseks. (Monti 2007, 297)

Ka USA-s on konkurentsiorganite meelestatus sotsiaalsete teguritega arvestamise osas pigem negatiivne. FTC Staff Report (1995) kohaselt on FFD väga range kohaldamine õigustatud, sest leebemad kriteeriumid võiksid tuua kaasa tõhusa konkurentsi kahjustumise. Seda seeläbi, et majanduslikult tugevam äriühing saaks raskustes olevale äriühingule kuuluvaid patente, kliendinimekirjasid või tootmisvõimsust kasutada ära konkurentsi kahjustamiseks. FTC Staff Report rõhutas lausa eraldseisvalt, et äriühingu pankrotistumise sotsiaalseid kulusid ei tohiks FFD kohaldamise argumendina kasutada. (McDavid 2010, 19) Samas tasub jällegi meele pidada, et USA-s on FTC koondumise üle otsustamisel võrdses positsioonis ettevõtjaga ning lõppastmes langetab otsuse kõiki argumente kaaluv kohus. Seega tulevad mõlemad võistleva menetluse pooled (konkurentsiorgan ja ettevõtjad) välja omapoolseid seisukohti toetavate tugevaimate argumentidega, mitte ei ürita konkurentsiorgan vaadata situatsiooni kõrvalseisjana. Seda objektiivsem saab olla kohus, sest argumentatsioon on igakülgne ja võimalikult paljusid seisukohti hõlmav. Euroopa Liidus seevastu peab Euroopa Komisjon olema ühtaegu koondumisele vastu vaidleva poole ja otsustava organi rollis. Taolisesse otsustusprotsessi on vastuolu sissekodeeritud ning paratamatult langeb otsus selles suunas, kuhu on kallutatud hetkel domineeriv konkurentsipoliitika.

Kuigi praktika on sotsiaalsete tegurite argumentide arvestamisel olnud siiani suhteliselt tagasihoidlik, on üha enam hakatud rääkima nende arvesse võtmise vajadusest. Ritter ja Braun on leidnud, et tegelikult peaks ühendatava ettevõtja majandustegevuse taastamine ja efektiivsemaks muutmine osutuma põhjendatud argumendiks FFD kohaldamisel. Seda tuleks hinnata „tehnilise ja majandusliku progressi arengu“ (art 1b) ning „majandusliku ja sotsiaalse konsolideerituse“ (art 158) valguses. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 138) Nii tuleb laiemas plaanis arvesse võtta tarbijate huvisid ja heaolu, kuivõrd FFD aktsepteerimine peaks muu hulgas sõltuma ka sellest, kas tarbijatel on võimalik koondumisest võita. Lisaks tuleneb eeltoodust vajadus pidada koondumise üle otsustamisel silmas teistegi erinevate huvigruppide erahuvisid – sealhulgas osanike, võlausaldajate, töötajate ja teiste isikute, kelle heaolu sõltub raskustes oleva äriühingu majandustegevuse jätkumisest. (Paredes 1996, 358)

Erinevate erahuvide arvestamine on aga sisuliselt jällegi üks sotsiaalsete tegurite argumentidest, mida USA konkurentsioiguses tähistatakse eraldiseisva terminiga „*the private interest rationale*“ („erahuvide põhiprintsiip“). (Paredes 1996, 358) Nimetatud printsiibi pooldajad on üheks erahuvide toetamise näiteks toonud *International Shoe Co* kaasust, kus kohtu poolt väljendatud muret raskustes oleva äriühingu osanike ja töötajate osas, loetakse argumendiks, et kui koondumine isegi kahjustab oluliselt konkurentsi, võib siiski koondumisele loa anda, kui teatud sotsiaalsed väärtused prevaleerivad konkurentsi säilitamise

vajaduse ees. (Campbell 1984-1985, 256) Seega on sotsiaalsete tegurite argumendiga hõlmatud mitte ainult lai avalik huvi, vaid ka huvigruppide erahuvid. Samas on kindlasti olulisemaks sotsiaalseks argumendiks just üldine avalik huvi.

Näiteks on Suurbritannia valitsus tutvustanud täiendavaid avalikke huvisid silmas pidavaid kaalutlusi, esitades Suurbritannia finantssüsteemi stabiilsuse tagamise eesmärgi ühe koondumist lubava võimaliku erandina, koos rahvusliku julgeoleku tagamise eesmärgiga. Mõlemad kuuluvad § 58 of the Enterprise Act 2002 sätestatud koondumise lubatavuse erandite alla. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 407) Nimetatud argumenti kasutati selgelt *Lloyds/HBOS* kaasuses (vt käesoleva töö lk 36).

Kokkoris ja Olivares-Caminal on asunud seisukohale, et *Lloyds/HBOS* koondumise juures on selgelt nähtav majanduskriisi mõju konkurentsioigusele. Archie Kane, *Lloyds* panga juhatuse esimees, ütles, et *HBOS* oli koondumise hetkeks sisuliselt varadest tühi ning oli selge, et *HBOS* ei oleks iseseisvalt suutnud oma majandustegevust jätkata. Kane tunnistas lisaks, et ülevõtmist *Lloyds* poolt ei oleks aset leidnud, kui valitsus ei oleks astunud erakordset sammu ja vaadanud mööda konkurentsialastest koondumisega seonduvatest probleemidest. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 413)

Avaliku huvi argument oli üheks argumendiks ka USA-s 1968. a kaasuses *United States Steel Corp*, kus FTC asus seisukohale, et koondumisele, mis FFD kriteeriume ei täida ning mis tuleks keelata, antakse siiski luba, kui võimalik kahju üksikisikutele on nii tõsine ja oluline, et avalik huvi nõuab koondumise lubamist. (United States Steel Corp. 1968) Euroopa Komisjonis lahendatud kaasuses *SCR – Sibelco SA and Fife Silica sands Ltd and Fife Resources Ltd* viidati samuti avaliku huvi argumendile, kuid antud kaasuses tõi see kaasa koondumise keelamise. Seda põhjusel, et Euroopa Komisjon asus seisukohale, et kuna asjaomasele turule sisenemine oli äärmiselt keeruline, koondumine kõrvaldaks olulise konkurendi turult ja hinnad tõuseksid märkimisväärselt, siis oleks koondumine vastuolus avaliku huviga. Sotsiaalsete tegurite argumendi valguses on märkimisväärne, et Komisjon lausa juhtis eraldiseisvalt tähelepanu järeltulele, et koondumisega ei kaasneks mingeid hüvesid. (Kokkoris ja Olivares-Caminal 2010, 150-153) Seega pidas Komisjon oluliseks erinevate sotsiaalsete ja majanduslike argumentidega arvestamist.

Eeltoodu näitab sotsiaalsete tegurite argumendi arvestamise vajadust ja olulisust FFD kohaldamisel. Seda enam, et Euroopa Liit on oma eesmärgiks seadnud kõrge konkurentsivõimega sotsiaalse turumajanduse tagamise ning kõrge konkurentsivõime ei saa tähendada killustatud turgude loomist seeläbi, et suurte ettevõtja puhul jäetakse majanduslikud raskused turgu valitseva positsiooni tugevnemise hirmus arvestamata. Kõrge

konkurentsivõimega sotsiaalne turumajandus peaks just nimelt olema suunatud kvaliteedi parendamisele läbi kaalutletud ja argumenteeritud ettevõtluspoliitika. Muu hulgas eeldab see sotsiaalsete tegurite argumendiga arvestamist.

Kõigi kolme käesolevas töös käsitletud koondumiste üle otsustamisel olulist rolli mängivate printsiipide, s.t kausaalsuse puudumise, majandusliku tõhususe ja sotsiaalsete tegurite argumentide olulisust FFD doktriini kohaldamisel on raske alahinnata. Just nende printsiipide ja mitte kitsaste Suunistes sätestatud raskustes oleva äriühingu erandi tingimuste kohaldamine on taganud FFD doktriini püsivuse aja jooksul ja tagab ka võimalikult läbikaalutletud otsuste langetamise koondumiste kontrollis.

KOKKUVÕTE

Raskustes oleva äriühingu erandi eesmärgiks on võimaldada majanduslikes raskustes oleval ettevõtjal koonduda veidi leebematel tingimustel kui tavapärastel ettevõtjatel, tagamaks suures plaanis, s.t avalikku huvi ja üldist ettevõtluskeskkonda silmas pidades, parim lahendus. Raskustes oleva äriühingu kontseptsioon kujunes konkurentsioiguses konkurentsiiinstituutide ja kohtute praktika kaudu ning Euroopa Liidus sätestati FFD kohaldamise kriteeriumid konkurentsioiguse aktis (horisontaalsete ühinemiste hindamise suunistes (2004/C 31/03)) alles 2004. a. Nimetatud kriteeriumiteks on Suuniste punkti 90 järgi, et (1) väidetavalt raskustes olev äriühing oleks sunnitud rahaliste raskuste tõttu lähitulevikus turult lahkuma, kui mõni teine ettevõtja seda üle ei võta; (2) puuduvad teatatud koondumisest vähem konkurentsivastased ostuvõimalused; ja (3) et kui koondumist ei toimu, lahkuks raskustes oleva äriühingu varad vältimatult turult.

Praktikat analüüsid selgub, et eelloetletud tingimused on suhteliselt piiravad ning sageli kohaldavad konkurentsiorganid/kohtud konkreetsete kriteeriumite asemel üldisi printsiipe, et langetada otsus, mis oleks võimalikult paljusid asjaolusid arvesse võttes parim. Peamisteks üldprintsiipideks, millele koondumiste kontrollis ja FFD kohaldamisel tuginetakse, on kausaalsuse puudumise, majandusliku tõhususe ja sotsiaalsete tegurite arvestamise printsiibid.

Kausaalsuse puudumise printsiip, mis on sõnaselgelt sätestatud ka Suuniste punktis 89, kujutab endast just kui raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamise üldtingimust – koondumisele järgnev konkurensiolukorra halvenemine ei tohi olla kausaalses seoses koondumisega. Seetõttu ei ole imekspandav, et just kausaalsuse puudumise printsiip prevaleerib sageli õigusaktides sätestatud rangete FFD tingimuste ees. Taoline üldprintsiibi kohaldamine on eriti mõistetav, kuna FFD kandvaks ideeks on võimaldada konkurentsiorganitel aktsepteerida koondumisi, mis tavaregulatsiooni kohaselt oleks vastuolus konkurentsireeglitega, kuid mis tegelikkuses on nii konkurensiolukorrale kui ühiskonnale lõppastmes kasulikumad kui koondumiste mittetoimumine. Seega ongi olulisim üldplaani ja koondumise reaalse mõju hindamine. Kausaalsuse puudumise printsiip annab konkurentsiorganitele võimaluse analüüsida koondumise lubatavust võimalikult paljusid argumente arvestades ning langetada parima võimaliku otsuse.

Samalaadselt on oluliseks üldprintsiibiks, mille alusel koondumise lubatavust hinnata, majandusliku tõhususe printsiip. Majanduslike kasutegurite argumendiga arvestamine esineb vähemasti kaudselt enamikul juhtudest FFD kohaldamisel, kuivõrd juba kausaalsuse

puudumise printsiipi kasutades tuleb võrrelda konkurentsiolukorda ja sealhulgas ka majanduslikke asjaolusid kahe potentsiaalse stsenaariumi korral - koondumise toimumisel ja mittetoimumisel.

Kuigi FFD kohaldamise kriteeriumid ei näe otsesõnu majandusliku tõhususe argumendiga arvestamise kohustust ette, sisaldub majandusliku tõhususe üldprintsiip nii Määruses 139/2004 kui ka Suunistes, võimaldades heaks kiita üldist majanduslikku olukorda turul parandavad koondumised, mis tagaksid tootmistegevuse efektiivsuse, innovatiivsuse ja panustaksid üldise heaolu kasvu. Eelkõige majandusteaduslikel argumentidel baseeruv otsustusprotsess, sh majandusliku tõhususe argumendi arvestamine, peaks tagama ühiskonnale kõige positiivsema mõjuga otsuse, sest arvesse võetakse reaalseid elulisi tulemusi ning mitte üksnes juriidiliste kriteeriumite täitmist.

Kolmandaks üldprintsiibiks, mida eelistatakse sageli õigusaktides sätestatud rangetele FFD kohaldamise tingimustele, on sotsiaalsete teguritega arvestamise printsiip. Konkurentsioiguse laiemad eesmärgid hõlmavad paratamatult ühiskonna huvidega arvestamist. Seda seetõttu, et konkurentsioiguse regulatsioon ongi kujunenud eelkõige vajadusest luua tasakaal ettevõtjate erahuvid ja ühiskonna üldiste huvide vahel. Samas peetakse sotsiaalsete argumentide taustal aktsepteeritavaks ka erinevate konkreetsete huvigruppide, sh osanike, töötajate ja võlausaldajate, erahuvidega arvestamist. Seega peab koondumiste kontrollis olema tagatud, et FFD kohaldamisel võetakse arvesse kõik olulised argumendid nii koondumise lubamise poolt kui ka vastu. Sealjuures peaksid ühiskonna huvid ja sotsiaalsed argumendid omama isegi suuremat kaalu kui formaalsed juriidilised või majandusteaduslikud seisukohad. Oluline on mõista, et FFD kontseptsioon ei teeni üksnes koonduda soovivate ettevõtjate huve, vaid FFD kontseptsiooni rakendamisest on võimalik võita nii tarbijatel kui ühiskonnal tervikuna.

Võrreldes Suuniste punktis 90 sätestatud raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamise tingimusi kolme eelnimetatud üldprintsiibiga, tuleb paraku tõdeda, et järgides üksnes kolme ranget FFD kohaldamise tingimust, võib konkurentsioorgan keelata koondumise, mis tegelikkuses oleks üldplaanis kasulikum lubada. Nimelt eksisteerib olukordi, kus kausaalsuse puudumise, majandusliku tõhususe ja/või sotsiaalsete teguritega arvestamise kriteeriumitest lähtuvalt võiks koondumisele loa anda, hoolimata asjaolust, et kõik FFD tingimused ei ole täidetud, s.t et üldprintsiipide järgi võivad olla lubatavad ka koondumised, mis rangete kriteeriumite järgi kuuluks keelamisele. Seetõttu tekib küsimus, miks on FFD kontseptsioon surutud kolme kitsa kriteeriumi raamidesse, kui praktikas nimetatud raame tihti ületatakse.

Lisaks on Euroopa Liidu lähenemine FFD kohaldamisele mitmes aspektis rangem kui raskustes oleva äriühingu erandi päritolumaal – USA-s. Taoline kriteeriumite erinevus

kontseptsiooni lõikes annab märku asjaolust, et FFD reguleerimine üksikute kitsaste tingimustega ei pruugi olla võimalik, kuna jätkuvalt eksisteerib konkurentsioiguslikult tähendust omavaid nüansse, mida konkreetne tingimus ei hõlma. Üldprintsiipide ja Suunistes sätestatud rangete kriteeriumite võrdlemisel ilmnes, et Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kohaldamise kriteeriumid ei taga kooskõla kausaalsuse puudumise, majandusliku tõhususe ja sotsiaalsete teguritega arvestamise printsiipidega ning võivad seeläbi tuua kaasa FFD kohaldamise osas ühiskondlikult kahjuliku otsuse.

Esimene Suuniste punkti 90 sätestatud FFD kohaldamise kriteerium eeldab, et ülevõetav äriühing koondub põhjusel, et tema majanduslik olukord ei ole iseseisvaks majandustegevuse jätkamiseks piisavalt tugev. Arusaamatu on Euroopa Liidu lähenemine siinjuures osas, et majanduslikes raskustes olevaks ettevõtjaks peab olema just ülevõetav äriühing, samas kui USA regulatsioon sellist piirangut ette ei näe. Lisaks on majanduslike raskuste klausel umbmäärane, kuivõrd ei ole selge, kuidas peaksid väljenduma FFD kohaldamisele kvalifitseeruvad majanduslikud raskused. USA-s on aktsepteeritud isegi üksnes väheulatuslikud majanduslikud raskused, mis mõjutavad äriühingu konkurentsijõudu, kuid ei too kaasa äriühingu likvideerimist („*flailing firm defense*“).

Teine kriteerium, mille kohaselt peavad puuduma konkurentsi vähem kahjustavad alternatiivid, on ehk ainsaks Suunistes sätestatud FFD kohaldamise tingimuseks, mis teenib nii kausaalsuse puudumise, majandusliku tõhususe kui sotsiaalsete teguritega arvestamise printsiipide eesmärke. Seda põhjusel, et printsiip võimaldab reaalsust hinnates selgitada, mis on võimalused konkurentsi säilitamiseks ja kas/kuidas on võimalik vältida konkurentsi kahjustumist. Samas on kriteerium praegusel kujul suhteliselt vähe mõju omav, kuna alternatiivide hindamise vajadus sisaldub kausaalsuse puudumise printsiibiski (Suuniste punkt 89).

Kolmas kriteerium, st tingimus, et varad väljuvad vältimatult turult, kui koondumine ei toimuks, on jällegi mõistetamatult range kriteerium. Ühiskonna ja konkurentsi mõttes on enamikul juhtudel parimaks lahenduseks koondumine, mis võimaldaks varade säilimist ja kasutamist turul ka edaspidiselt. Samas on sellised olukorrad suhteliselt harvad, kus äriühingu likvideerimise puhul varad täies ulatuses turult kaoksivad või väljuksid, ja lisaks ei saa välistada, et teatud juhtudel võib varade turult väljumine olla konkurentsi mõttes isegi parimaks lahenduseks. Niivõrd piirav kriteerium tähendab, et FFD kohaldamine ei olegi võimalik, kui varade väljumine turult ei ole tõendatud, ja samas ei ole võimalik konkurentsiorganil teha koondumist keelav otsus erandlikus olukorras, kus varade väljumine turult on konkurentsile pigem kasulik. Seega on Suuniste punkti 90 sätestatud FFD

kohaldamise kolmas kriteerium äärmiselt range kriteerium, mille täpne järgimine ei teeni paljudel juhtudel raskustes oleva äriühingu erandi eesmärke. Varade väljumine turult ilma koondumise toimumiseta võiks olla üks argumentidest koondumise osaliste jaoks, kuid mitte FFD kohaldamise kohustuslik eeldus.

Eeltoodu pinnalt on mõistetav, et FFD kohaldamisel koondumiste kontrollis rakendatakse praktikas sageli üldprintsipe rangete Suuniste punktis 90 sätestatud tingimuste asemel, kuna seeläbi jõutakse üldplaanis kasulikuma ja õiglasema lahendini. Samas võivad diskretsiooniõiguse olemasolu ühelt poolt ja FFD kontseptsiooni ranged kriteeriumid teiselt poolt teha Euroopa Komisjoni jaoks lihtsaks mõjuvõimu kuritarvitamise, sest sisuliselt ei ole võimalik langetatavat otsust ette näha. Kuritarvitus on seda suurema mõjuga, kuivõrd Euroopa Liidus on Komisjonil pädevus keelata koondumine enne selle reaalsel toimumist ja ettevõtjatel on võimalus otsus vaidlustada üksnes kohtu kaudu. Kohtuotsuse tegemise hetkeks võib olla pöördumatu kahju äritegevusele juba tekkinud ning koondumisest saadav võimalik kasu nii ettevõtjate endi kui ühiskonna jaoks kaotatud. Samas USA-s on konkurentsivõim (FTC ja DOJ) võrdseteks poolteks ettevõtjatega ning koondumise keelamine saab leida aset alles pärast koondumise toimumist, kui kohus langetab konkurentsivõimide hagi alusel koondumist keelava otsuse.

Sellise erisuse tõttu on Euroopa Liidus ettevõtjatel koondumise kontrollis tunduvalt keerulisem positsioon kui USA-s. Ettevõtjatel ei jää sisuliselt muud üle, kui loota Komisjoni poolt diskretsiooniõiguse õiglasele kasutamisele. Seega ei täida FFD rangete kriteeriumide olemasolu eesmärki tagada õiguskindlus ja ettevõtjatevaheline võrdsus koondumiste kontrollis.

FFD kohaldamise regulatsiooni kooskõlastamiseks praktikaga tuleks kaaluda üldisemate kriteeriumide sõnastamist. Näiteks seoses majanduslike raskuste olemasolu tingimusega, tuleks kaaluda üldise klausli sätestamist selliselt, et FFD kohaldamine on võimalik juhul, kui vähemalt ühe äriühingu majanduslike raskuste tõttu toimuv koondumine ei ole konkurentsivõimukorra kahjustumisega põhjuslikus seoses. Niisugune klausel võimaldaks arvestada mistahes majanduslike raskustega ja keskenduks küsimusele, kas konkurents reaalselt kahjustub koondumise tulemusena või mitte. Üldisematele kausaalsuse puudumise ning majandusliku tõhususe kriteeriumitele tuginemise võimaldamine teeniks FFD doktriini peamist eesmärki – võimaldada taotleda luba koondumisele, mis ei ole konkurentsivõimukorra kahjustava mõjuga.

Lisaks võiks kaaluda sotsiaalsete kulude argumendi sidumist Suunistes sätestatud FFD kohaldamise teise kriteeriumiga. Alternatiivide hindamine konkurentsivastasuse alusel võiks olla täiendatud sotsiaalsete kulude hindamise vajadusega ehk koondumise kontrolli raames tuleks analüüsida, kas esineb alternatiivseid pakkumisi, mis oleks vähem konkurentsivastased ja millega kaasneksid ühtlasi väiksemad sotsiaalsed kulud. Eelnimetatud üldisemate kriteeriumite sätestamine raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamise tingimustena tagab võimalikult põhjaliku diskursuse koondumise lubatavuse üle otsustamisel. Selge on, et mida rohkem erinevaid argumente otsustusprotsessi kaasata, seda suurema tõenäosusega langetatakse üldsuse jaoks võimalikult aktsepteeritav lahendus. Praegu kehtiv FFD regulatsioon, mis seab raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamise võimalikkuse vähemalt formaalselt sõltuvusse kolme range kriteeriumi täitmisest, eelnimetatud mitmekülgset otsustusprotsessi ei taga.

Raskustes oleva äriühingu erandi regulatsioon peab silmas pidama üldisi konkurentsioiguslikke eesmärke, kuid rangete kriteeriumite sätestamine õigusaktis selliselt, et reaalses praktikas neid sageli eiratakse, ei teeni kuidagi avalikkuse ega ka ettevõtjate huve. Euroopa Komisjonil on suhteliselt lai määratlematu diskretsioon ning ettevõtjatel puudub näilisest regulatsioonist hoolimata õiguskindlus nende suhtes kohaldatavate reeglite osas. Seega peaks FFD kontseptsioon baseeruma üldprintsipidel ja mitte juriidilistel formaalsustel, et põhjendamatult ei jääks arvestamata koondumisega kaasnevad kasutegurid ja hüved.

Lisa 1

Juhis Eesti Vabariigis tegutsevatele ettevõtjatele raskustes oleva äriühingu erandile tuginemiseks

Eesti Vabariigis tegutsevatel ettevõtjatel on võimalus tugineda raskustes oleva äriühingu erandile kahel juhul – esiteks juhul, kui koondumisel on piiriülene mõju ning koondumise kontrolli viib läbi Euroopa Komisjon, ja teiseks juhul, kui ettevõtjad soovivad erandile tugineda riigisisese koondumise puhul.

1. Raskustes oleva äriühingu erandi kasutamine Euroopa Komisjoni poolt läbiviidavas koondumiste kontrollis.

1.1. Euroopa Komisjoni poolt kontrollimisele kuuluv koondumine

Euroopa Komisjoni poolt kuulub kontrollimisele koondumine, mis on oluline Euroopa Liidu seisukohalt. Relevantseteks konkurentsioiguse aktideks, mille põhjal toimub Euroopa Komisjoni poolt läbiviidav koondumiste kontroll, on eelkõige Määrus 139/2004, Suunised ja Euroopa Komisjoni konsolideeritud pädevuseteatis, mis käsitleb nõukogu määrust (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (2008/C 95/01) (viimatinimetatud akt edaspidi nimetatud **Pädevuseteatis**).

Pädevuseteatise punkti 5 kohaselt kohaldatakse Määrust 139/2004 ja Euroopa Komisjoni poolset kontrolli üksnes nende tehingute suhtes, mille puhul on täidetud kaks alljärgnevat tingimust.

- (1) Esiteks peavad koonduma kaks või enam ettevõtjat Määruse 139/2004 artikli 3 tähenduses.

Määruse 139/2004 artikkel 3 määratleb koondumise juhtumina, kus toimub püsiv kontrolli üleminek tulenevalt kahe või enama varem sõltumatu ettevõtja või nende osade ühinemisest või juba vähemalt üht ettevõtjat kontrolliva isiku või isikute või ühe või mitme ettevõtja poolsest otsese või kaudse kontrolli omandamisest ühe või enama teise ettevõtja või nende osade üle, mis võib toimuda väärtpaberite või varade ostu kaudu, lepingu alusel või mis tahes muul viisil.

Pädevuseteatise osa B annab täiendavad juhised tuvastamiseks, kas tegemist on kahe või enama ettevõtja koondumisega Määruse 139/2004 artikli 3 tähenduses,.

- (2) Teiseks peab asjaomaste ettevõtjate käive, mis on arvutatud kooskõlas Määruse 139/2004 artikliga 5, ületama Määruse 139/2004 artiklis 1 sätestatud piirmäära.

Määruse 139/2004 artikli 1 (2) kohaselt on koondumine ühenduse seisukohalt oluline ja allub Euroopa Komisjoni kontrollile, kui:

- kõigi asjaomaste ettevõtjate aastakäive kogu maailmas kokku on suurem kui 5000 miljonit eurot; ja
- vähemalt kahe kõnealuse ettevõtja aastakäive on kogu ühenduses eraldi suurem kui 250 miljonit eurot,

välja arvatud juhul, kui iga kõnealune ettevõtja saab rohkem kui kaks kolmandikku oma aastakäibest kogu ühenduses ühes ja samas liikmesriigis.

Määruse 139/2004 artikli 1 (3) järgi on koondumine, mis ei ole oluline artikli 1 (2) järgi, siiski ühenduse seisukohalt oluline, kui:

- kõigi asjaomaste ettevõtjate aastakäive kogu maailmas kokku on suurem kui 2500 miljonit eurot;
- vähemalt kolmest liikmesriigist igaühes on kõigi asjaomaste ettevõtjate aasta kogukäive suurem kui 100 miljonit eurot, kusjuures vähemalt kolmest nimetatud koondumisel arvesse võetavast liikmesriigist igaühes on vähemalt kahe asjaomase ettevõtte aastakäive eraldi suurem kui 25 miljonit eurot; ja
- vähemalt kahe asjaomase ettevõtja aastakäive on kogu ühenduses eraldi suurem kui 100 miljonit eurot.

Määruse 139/2004 artikli 1 kohaselt ühenduse seisukohalt olulise koondumise tuvastamiseks on abi Pädevuseteatise osast C, kus käsitletakse asjaomaste ettevõtjate kindlakstegemist ja nende käibe arvutamist.

Juhul kui on täidetud eelnimetatud tingimused ja koondumine allub Euroopa Komisjoni kontrollile, on ettevõtjatel võimalik tugineda raskustes oleva äriühingu erandile.

1.2. Raskustes oleva äriühingu erandile tuginemine

Juhul kui ettevõtjad on tuvastanud, et taotletav koondumine kuulub Euroopa Komisjoni poolt kontrollimisele, on ettevõtjad Määruse 139/2004 artikli 4 kohaselt kohustatud teatama koondumisest Euroopa Komisjonile.

Juba teate koostamisel peaksid koondumise osalised ennetavalt tuginema raskustes oleva äriühingu erandile, kui eksisteerib põhjendatud alus arvamaks, et Euroopa Komisjoni hinnangul ohustab koondumine tõhusat konkurentsi. FFD-le tuginemist menetluse hilisemas staadiumis võib Euroopa Komisjon hinnata negatiivselt, kuivõrd tekib kahtlus, kas koondumine on tingitud ühe koondumise osalise majanduslikest raskustest, kui vastuväidet ei ole esitatud varasemalt. Selliselt leidis Euroopa Komisjon näiteks *Newscorp/Telepiu* kaasuses, et FFD-le tuginemine menetluse hilisemas staadiumis ei olnud veenev.

Seega peavad ettevõtjad juba koondumisest teatamisel esitama omapoolsed seisukohad raskustes oleva äriühingu erandi võimaliku kohaldatavuse osas. Nii või teisiti hakkab Komisjon kaaluma FFD kohaldamist üksnes juhul, kui esmase analüüsi põhjal leitakse koondumine olevat vastuolus konkurentsireeglitega. Suuniste punkti 90 kohaselt raskustes oleva äriühingu vastuväitele tuginemiseks peavad koondumise osalised tõendama kõigi alljärgnevate tingimuste täitmist:

(1) väidetavalt raskustes olev äriühing oleks sunnitud rahaliste raskuste tõttu lähitulevikus turult lahkuma, kui mõni teine ettevõtja seda üle ei võta;

Nimetatud tingimuse sisuks on praktika kohaselt äriühingul sedavõrd tõsiste majanduslike raskuste olemasolu, et ilma koondumiseta oleks äriühing sunnitud oma tegevuse lähiajal lõpetama.

(2) puuduvad teatatud koondumisest vähem konkurentsivastased ostuvõimalused;

Koondumise osalised peavad näitama üles initsiatiivi tõendamaks, et tõepoolest puuduvad koondumisele alternatiivid, mis ühelt poolt võimaldaksid raskustes oleval äriühingul oma majandustegevust jätkata, kuid mis teisalt oleksid konkurentsi vähem kahjustavad kui teatatud koondumine. Eelkõige tuleks näidata, et ükski teine asjaomasel turul tegutsevatest ettevõtjatest ei ole huvitatud või võimeline raskustes olevat äriühingut omandama.

(3) kui koondumist ei toimu, lahkuks raskustes oleva äriühingu varad vältimatult turult.

Nimetatud tingimuse täitmise tõendamiseks peavad koondumise osalised näitama, et ressursid, mis on koondumise hetkel raskustes oleva äriühingu käsutuses, väljuksid koondumise mittetoimumisel asjaomaselt turult, vähendades seeläbi tarbijate ja ühiskonna heaolu. Oluline on näidata varade turult väljumise vältimatust, nt seeläbi, et üksnes raskustes olev äriühing omab vahendeid konkreetsete ressursside kasutamiseks (näiteks keskkonnalubade olemasolu tõttu).

Eelnimetatud kolme Suuniste punktis 90 sätestatud FFD kohaldamise tingimuste täitmise tõendamiseks on ettevõtjatel, arvestades käesolevas magistritöös esitatud järeldusi, võimalus tugineda ka üldisematele asjaoludele ja printsiipidele (kausaalsuse puudumise, majandusliku tõhususe, sotsiaalsete tegurite arvestamise põhimõtetele). Eesmärgiks on näidata, et koondumise toimumine on kõiki asjaolusid arvesse võttes ühiskondlikus plaanis kasulikum kui koondumise mittetoimumine. Muu hulgas võib argumentatsioonis kasutada alljärgnevaid põhistusi:

- a) koondumise osaliseks oleval äriühingul on majanduslikud raskused, mille olemasolu välistab kausaalse seose koondumise ja koondumise järgse konkurentsi halvenemise vahel;
- b) puuduvad mistahes konkurentsi vähem kahjustavad alternatiivid (siinjuures tuleb äriühingutel endil näidata üles aktiivsust alternatiivide otsimisel);
- c) koondumisega kaasnevad igal juhul majanduslikud kasutegurid, millest võidavad tarbijad ja ühiskond tervikuna (tööhõive säilimine);
- d) koondumine on põhjendatud erinevaid sotsiaalseid tegureid arvestades (nimetatud kriteeriumi all võib tuua argumendina kõikvõimalike huvigruppide jaoks koondumisega kaasnevaid kasutegureid).

Raskustes oleva äriühingu erandile tuginemisel on asjakohasteks allikateks Euroopa Komisjoni ja Euroopa Kohtu poolt varasemalt tehtud otsused koondumiste kontrollis. Olulisemateks kaasusteks on näiteks *Kali und Salz*, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, *Newscorp/Telepiu*. Kuivõrd FFD kontseptsioon pärineb USA-st, siis on asjakohasteks ka viited USA praktikale ning Euroopas veel eraldiseisvalt Suurbritannia praktikale, mis on samuti abiks FFD tõlgendamisel.

Argumentatsioonis tuleb viidata Euroopa Liidu aluspõhimõtetele, eelkõige asjaolule, et kehtiva Euroopa Liidu lepingu kohaselt on liidu eesmärgiks tagada kõrge konkurentsimaajandusega sotsiaalne turumajandus ja saajaprotsendiline tööhõive (artikkel 3). Sellest tulenevalt on Euroopa Komisjonil koondumiste kontrollis kohustus arvestada koondumise ärajäämisel kaasnevate sotsiaalsete mõjudega ja tagajärgedega.

2. Raskustes oleva äriühingu erandi kasutamine Konkurentsiameti poolt läbiviidavas koondumise kontrollis

Kuigi Eestis kehtiv konkurentsiseadus raskustes oleva äriühingu erandi kohaldamise võimalust sõnaselgelt ette ei näe, võimaldab FFD kohaldamist KonkS § 22 lg 1.

Nimelt sätestab konkurentsiseaduse § 22 lg 1:

Koondumisele hinnangu andmisel lähtutakse vajadusest säilitada ja arendada konkurentsi, võttes seejuures arvesse kaubaturgude struktuuri ning tegelikku ja potentsiaalset konkurentsi kaubaturul, sealhulgas:

- 1) koondumise osaliste turupositsiooni, nende majanduslikku ja finantsjõudu ning konkurentide juurdepääsu kaubaturule;*
- 2) juriidilisi või muid kaubaturule sisenemise tõkkeid;*
- 3) kaupade nõudlust ja pakkumist;*
- 4) ostjate, müüjate ja tarbijate huvisid.*

KonkS § 22 lg 1 näol on tegemist koondumise kontrolli läbiviimise üldsättega, mis sisuliselt peaks võimaldama arvestada praktiliselt kõigi argumentidega, s.h raskustes oleva äriühingu erandiga. Seda eriti KonkS § 22 lg 1 p 4 järgi, mis nõuab koondumiste kontrollis nii ostjate, müüjate kui tarbijate huvidega arvestamist.

Eelnimetatud säte võimaldab tugineda muu hulgas ka raskustes oleva äriühingu erandile, kuna KonkS § 22 lg 1 sõnastuses on lähtutud Euroopa Liidu regulatsioonist koondumiste kontrollimise osas. Nimelt sätestab Määruse 139/2004 preambula punkt 23, et ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste kokkusobivus ühisturuga tuleb kindlaks teha ühisturul tõhusa konkurentsi säilitamise ja arendamise vajadust silmas pidades. Analoogiline sõnastus on KonkS § 22 lg 1 esimeses lauseosas.

Määruse 139/2004 artikkel 2 sätestab veelgi täpsemalt:

„1. Käesoleva määruse reguleerimisalasse kuuluvate koondumiste ühisturuga kokkusobivuse väljaselgitamiseks hinnatakse neid kooskõlas käesoleva määruse eesmärkide ja alljärgnevate sätetega.

Hindamisel võtab komisjon arvesse:

- a) ühisturul tõhusa konkurentsi säilitamise ja arendamise vajadust, pidades muu hulgas silmas kõigi asjaomaste turgude struktuuri ning ühenduses või sellest väljaspool asuvate ettevõtjate pakutavat tegelikku või võimalikku konkurentsi;*
- b) asjaomaste ettevõtjate turuseisundit ning nende majanduslikku ja finantsilist võimu, tarnijatele ja kasutajatele kättesaadavaid võimalusi, nende juurdepääsu varudele või turgudele, õiguslikke ja muid turuletuleku tõkkeid, asjaomaste kaupade ja teenuste pakkumise ja nõudluse suundumusi, vahe- ja lõpptarbijate huve ning tehnika ja majanduse arengut, kui see on tarbijate huvides ja ei takista konkurentsi.“*

Võrreldes Määruse 139/2004 eelnimetatud artikli sõnastust KonkS § 22 lg 1 sõnastusega, on asjaolud, mida peetakse oluliseks arvestada koondumiste kontrollimisel, sisuliselt samased. Vajadust arvestada siseriiklikus õiguses Euroopa Liidus sätestatud põhimõtetega, kui siseriiklikult on rakendatud Euroopa Liidu lahendust teatud õigusküsimuse lahendamisel, on rõhutanud Carri Ginter ja Mihkel Mugur väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlust käsitlevas artiklis. Juhul, kui liikmesriik on otsustanud riigisiseste olukordade reguleerimisel kasutada Euroopa Liidu õiguses sätestatud, tuleb kopeeritud sätteid ja mõisteid kohaldada vastavalt Euroopa Liidu Kohtu juhistele ka puhtalt riigisisestes olukordades. (Mugur ja Ginter 2010, 245-246)

See tähendab, et kuna Eestis on konkurentsiseaduses koondumiste kontrolli reguleerimisel lähtunud Euroopa Liidu regulatsioonist, on ka siseriiklikku tähendust omavas koondumiste kontrollis õigustatud ettevõtjate tuginemine FFD kontseptsioonile kui Euroopa Liidus tunnustatud õiguslikule doktriinile.

Eeltoodut arvesse võttes, on Eestis tegutsevatel ettevõtjatel ka siseriikliku koondumise puhul õigus tugineda raskustes oleva äriühingu erandile, põhjendades koondumise õigustatust Euroopa Liidu tasandil FFD kohaldamiseks vajalike argumentidega (vt Lisa 1 punkt 1).

Failing Firm Defence (Abstract)

Mergers and acquisitions are rather common strategical possibilities for undertakings to preserve profitability and sustainability. Competition law, especially through control of concentrations, does not allow concentrations which may affect market structure or effective competition in the common market negatively. All the concentrations which may lead to creation or strengthening of dominant position or even monopoly are controlled with particular care. In time several arguments have developed based on which the concentration may be allowed even if the concentration according to general regulation would have to be prohibited. One of the most intriguing subjects have been the conception of 'the failing firm defence' (*hereinafter named also as **the FFD***).

Application of the FFD should enable to take into account the economical difficulties of the undertaking and efficiencies which come with the concentration. The main idea of the doctrine is that under general rules forbidden concentration is nevertheless allowed because one of the undertakings has so serious financial difficulties that without the concentration the undertaking would bankrupt or its assets would exit the market. The negative effect of the concentration is basically ignored in order to avoid more substantial damage – the principle of '*lesser of two evils*'.

The ground for the development of the FFD principle have been the need for weighing different circumstances and the understanding that strict juridical rules alone do not guarantee the best nor the most effective solution for the society. It is necessary to take into account non-lawful standpoints and conceptions, including economical principles. For the moment the failing firm defence has found its place also in the legal acts – in European Union in the *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03)* (*hereinafter named as **the Guidelines***) and in USA in the *Horizontal Merger Guidelines* adopted in 2010. The purpose of the master thesis was to analyse if the regulation of the FFD in the European Union is in line with the practical use of the defence and with the goals of the conception.

Regulating the FFD doctrine with legal acts is on the one hand positive as it gives legitimacy to the conception and security to the undertakings that the European Commission needs to analyse the defence during the control of concentrations. On the other hand, the criteria of the application of FFD are enacted in Guidelines rather strictly. The failing firm defence developed in the competition law through practice and the conditions of the application of the

defence were not written down in European Union until year 2004. The criteria of the FFD according to paragraph 90 of the Guidelines are the following. First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of the financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market.

When analysing possible application of FFD it is important not to get stuck with the strict criteria established in legal acts and not to forget the idea and the purpose of the failing firm defence. The purpose of the concept is to enable the undertaking, which suffers from economical difficulties, enforce the concentrations under lightly gentler conditions than normal undertaking. That should ensure the best solution when bearing in mind public interest and general market environment.

In case law, there have developed three general principles which are used in the control of concentrations, including in application of the FFD. Those principles often prevail over strict criteria of the failing firm defence. Aforementioned principles are 'lack of causality', efficiency and social arguments principles, which give to competition institutions possibility to evaluate the admissibility of the concentration with broader view, encompassing social, economical, and also juridical arguments. Through thorough investigation it is possible to reach the socially acceptable and grounded solution, which itself is one of the goals of the FFD concept.

'Lack of causality' principle, which is enacted also in the paragraph 89 of the Guidelines, represents the general principle of the failing firm defence conception - the deterioration of the competitive structure that follows the merger cannot be said to be caused by the merger. For previous reason, it is not remarkable that the 'lack of causality' principle prevails over strict criteria of the application of failing firm defence. The application of the general principle is especially understandable as the main idea of the FFD is to enable competition institutions to accept the concentrations which under normal regulation should be prohibited, but which are actually useful for the society.

Therefore the most important concerning the control of concentrations is to evaluate the general picture and the real effect of the concentration. The principle of 'lack of causality' gives the competition institutions an opportunity to take into account as many arguments as possible when analyzing the compatibility of the concentration, and making the best possible decision.

The second general principle for evaluating the concentrations is the criteria of efficiency. In most cases of the application of FFD, the efficiency principle is taken into account as the economical efficiencies must also be considered when already using 'lack of causality' principle, and comparing the situation with and without the concentration,.

Although the criteria of the FFD do not explicitly foresee the obligation to take the efficiency argument into account, the aforementioned general principle is comprised both in the EC Merger Regulation 139/2004 and in the Guidelines. The efficiency argument enables to approve the concentration which improve the economical situation in the market, guarantee the efficiency of the production activity, invest in innovation, and make contribution into the growth of general welfare. Being foremost based on the economical arguments, including on the efficiency argument, the decision making process in the control of concentrations should provide the most positive solution for the society. Especially when taking into account realistic results and not only the juridical criteria.

The third general principle, which is often, preferred before the strict criteria of the FFD, is the principle of social factors. The goals of the competition law inevitably encompass the consideration of social interests. That because the regulation of the competition law has developed from the need to balance the interests of undertakings and the interests of the society. Therefore it must be guaranteed during the control of concentrations that when applying the FFD all the relevant arguments both in favour of the concentration and against are taken into account. Therewith the interests of the community and the social arguments should have bigger importance than solely formal juridical or economical standpoints.

Taking into account the social factors when applying the FFD it is possible to foresee the consequences of the concentration and exit from the strict criteria of the FFD. That enables to give permission the concentration which serves the interest of society in general. In it important to understand that the conception of the FFD does not serve only the interests of the undertakings, but it also gives the community and the consumers the opportunity to gain profit from the concentration.

Comparing the criteria of the FFD enacted in paragraph 90 of the Guidelines with the three aforementioned general principles, one must admit that following only three strict conditions of the FFD the competition institution may be forced to prohibit the concentration which is actually beneficial to the society. There exist situations where 'lack of causality', efficiency and/or social factors' arguments justify the concentration, despite the fact that the criteria of the FFD are not fulfilled.

For previous reason the question arises why is the conception of the FFD forced into narrow regulation, when the boundaries are in practice often exceeded. The first criterion enacted in the paragraph 90 of the Guidelines presumes that the undertaking which is acquired is in so difficult financial situation that the undertaking cannot continue its activities on its own. It is not understandable why in European Union it has to be the undertaking which is taken over which has the difficulties, as in the USA the regulation does not foresee such a restriction. Additionally the clause of financial difficulties is rather imprecise, and it is not clear how severe should the difficulties be in order to qualify for the defence. More general condition should be enacted, for example the criterion, that the application of the FFD is justified if at least one of the concentrating undertakings' has financial difficulties, and the damage of the competition does not derive from the concentration.

According to the second criterion there must be no alternatives which could be less harmful for the competition. The named condition is probably the only criterion from the paragraph 90 of the Guidelines which serves the goals of 'lack of causality', efficiency and also social factors' arguments.

The third criterion, that the assets of the undertaking must inevitably exit the market, is remarkably strict requirement which limits the possibility of application of the FFD significantly. Firstly it is rather rare that the assets indeed exit the market, and secondly it cannot be excluded that there might exist situations where the exit of the assets is actually better for the competition and the society. Therefore it does not serve the goal of the competition law or the goal of the conception of the FFD, as it does not enable to take into account the general factors and the real effect of the concentration. Further, such a strict criterion makes it almost impossible to apply the FFD, and therefore makes the purpose of the regulation of the failing firm defence incomprehensible.

Based on aforementioned it is understandable that when applying the failing firm defence in the control of concentrations, the general principles are used more often than the conditions set in the paragraph 90 of the Guidelines. That enables to reach the most useful and the best solution possible. At the same time the strict criteria of the FFD are lawful ground for the European Commission to forbid the concentration rather easily. Namely the European Commission has the power to ban the concentration before its enforcement, and the undertakings have to turn to court in order to enforce the concentration. At the same time in the USA, the competition institutions like FTC and DOJ are equal parties with the undertakings, and the concentration can be banned only after the enforcement of the concentration when the court decides so.

Because of such difference, undertakings in European Union are in much more difficult situation than the undertakings of the USA. The question of potential abuse of power is even more so actual that although there exist seemingly strict criteria for the application of the FFD, the European Commission still applies general principles, so that the decision is unpredictable. The undertakings are forced to count on the fair use of the power of discretion by the European Commission. Consequently, the existence of the strict criteria of the FFD does not earn the goal of ensuring the legal certainty and the equality of undertakings in the control of concentrations.

The failing firm defence must serve the general principles of competition law, but enacting the strict criteria which are often disregarded, is neither in favour of the public nor the undertakings. European Commission has relatively broad indefinable discretion; therefore despite seeming regulation the undertakings lack legal certainty concerning the rules which should apply to them. Hence the conception of the FFD should be founded on general principles, and not on the juridical formalities, so that efficiencies and goods which accompany the concentrations are taken into account.

KASUTATUD KIRJANDUS

A. Erialakirjandus

1. Baccaro, V. Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts. – European Competition Law Review, 2004: 11-24.
2. Baxter, W.F. Remarks: The Failing Firm Doctrine. – Antitrust Law Journal 50, nr 2 (1981-1982): 247-254.
3. Blum, M.P. The Failing Company Doctrine. – Industrial and Commercial Law Review, 1974-1975: 75-113.
4. Buccirossi, P. (ed). Handbook of Antitrust Economics. Massachusetts Institute of Technology, 2008.
5. Campbell, T.J. The Efficiency of the Failing Company Defense. – Texas Law Review, 1984-1985: 251-283.
6. Competition Commission. Kättesaadav: <http://www.competition-commission.org.uk/about-us>, (kasutatud 26. veebruar 2012. a).
7. Correia, E.O. Re-examining the Failing Company Defense. – Antitrust Law Journal, 1996: 683-701.
8. Dubois, P.-A., ja A. Hinton. The European Antitrust Review 2010. – Global Competition Review, 2010.
9. Fina, T.D., ja V. Mehta. The Failing Firm Defense: Alive and Well. – The Antitrust Source, august 2011: 1-5.
10. Gotts, I.K., N.L. Asker, ja J.N. Goodman. US Antitrust and FCC Treatment of Acquisitions of Distressed Communications Businesses. – Competition Law International, aprill 2010: 1-12.
11. Harvard Law Review Association. Clayton Act. Failing Condition of Acquired Company Does Not Create Absolute Immunity from Section 7 Prohibition of Mergers Which Substantially Lessen Competition. – Harvard Law Review 83, nr 3, jaanuar 1970: 672-679.
12. Joergens, K. Andresen and the "Failing Firm". – World Competition, 2003: 363-380.
13. Kokkoris, I., ja R. Olivares-Caminal. Antitrust Law amidst Financial Crises. Cambridge University Press, 2010.
14. Lyons, B. Cases in European Competition Policy. The Economic Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

15. McDavid, J. Failing Companies and the Antitrust Laws. – Journal of Law Reform, 1980-1981: 229-265.
16. McDavid, J.L. Antitrust Issues Involving Acquisitions of Financially Distressed Companies. – Competition Law International, Aprill 2010. a.: 18-27.
17. Monti, G. EC Competition Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
18. Mugur, M., ja C. Ginter. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica, 2010: 239-247.
19. Navarro, E., A. Font, J. Floguera, ja J. Briones. Merger Control in the European Union: Law, Economics and Practice. Oxford University Press, 2005.
20. Paredes, T. Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines. – Yale Journal on Regulation, 1996: 347-390.
21. Porter, M.E. How competitive forces shape strategy. – Harvard Business Review, märts-aprill 1979. a.: 137-145.
22. Parr, N., N. Cuninghame, ja M. Johnsson. Ashurst. August 2011. a. Kättesaadav: http://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=6153, (kasutatud 27. veebruar 2012. a.).
23. OECD. The Failing Firm Defence 2009. Policy Roundtables, OECD, 2009.
24. Rodger, B., ja A. Macculloch. Competition law and policy in the EC and UK. London: Routledge-Cavendish, 2009.
25. Roth, P., ja V. Rose. Bellamy and Child: European Community Law of Competition. Oxford: Oxford University Press, 2010.
26. Russo, F., M.P. Schinkel, A. Günster, ja M. Carree. European Commission Decisions on Competition. Economic Perspectives on landmark Antitrust and Merger Cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
27. Sullivan, L. Handbook of the Law of Antitrust. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1977.

B. Õigusaktid

1. Clayton Antitrust Act of 1914. – Avaldatud L. No. 63-212, 38 Stat. 730, jõustunud 14. oktoobril 1914, kodifitseeritud 15 U.S.C. §12–27, 29 U.S.C. §52–53.

2. Euroopa Komisjoni konsolideeritud pädevuseteatis, mis käsitleb nõukogu määrust (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle. – ELT C 95, 16.04.2008, lk 1-48.
3. Horizontal Merger Guidelines (2010). – U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Kättesaadav: <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>, (kasutatud 20.veebruar 2012. a).
4. Horisontaalsete ühinemiste hindamise suunised vastavalt nõukogu määrusele kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (2004/C 31/03). – ELT C 31/5, 05.02.2004, lk 10-23.
5. Konkurentsiseadus. Vastu võetud 05.06.2001. RT I 2001, 56, 332. Kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/123022011011>, (kasutatud 24.aprill 2012. a).
6. Nõukogu määrus (EÜ) nr 139/2004, 20.01.2004. a, kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜ ühinemismäärus). – ELT L 24/1, 29.01.2004, lk 40-61.
7. Statement of OFT's position regarding informal advice for acquisitions of failing firms. – Office of fair Trading, detsember 2008. Kättesaadav: http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/of1047.pdf, (kasutatud 21. märts 2012. a).
8. Sherman Antitrust Act. – Ch. 647, 26 Stat. 209, *codified at* 15 U.S.C. §§1-7.

C. Konkurentsiorganite ja kohtute praktika

1. *BASF/Eurodiol/Pantochim*. OJ L132/45 (Case COMP/M. 2314) (European Commission, 2002).
2. *Bertelsmann/Kirch/Premiere*. IV/M.993 (European Commission, 1999).
3. *Boeing/McDonnell Douglas*. 97/816 (European Commission, 30. juuli 1997. a.).
4. *British Salt Limited and New Cheshire Salt Works Limited*. (Competition Commission, 8. november 2005. a.).
5. *Calnetics Corp v Volkswagen*. 348 F Supp 606 (C D Cal, 1972).
6. *CCE de Vittel & Other v Commission*. T-12/93 (Esimese Astme Kohus, 27. aprill 1995. a.).
7. *CdMG group of companies of Ferryways NV and Searoad Stevedores NV*. ME/3145/07 (Office of Fair Trading, 24. jaanuar 2008. a.).

8. *Citizen Publishing Co v United States*. 394 U.S. 131 (Supreme Court of the United States, 1969).
9. *Crown Zellerbach Corp v FTC*. 296 F 2d 800 (US 9th Circuit, 1961).
10. *Dean Foods Co*. 70 FTC 1146 (FTC, 1966).
11. *Deloitte & Touche/Andresen (UK)*. COMP/M.2810 (European Commission, 1. juuli 2002. a).
12. *Erie Sand & Gravel Co v FTC*. 291 F 2d 279 (US 3rd Circuit Court, 1961).
13. *Ernst & Young France/Andresen France*. COMP/M.2816 (European Commission, 5. september 2002. a).
14. *Ernst & Young/Andresen Germany*. COMP/M.2824 (European Commission, 27. august 2002. a).
15. *F&M Schaefer Corp v C Schmidt/Sons, Inc*. 597 F 2d 814 (US 2nd Circuit Court, 1979).
16. *FTC v Arch Coal, Inc*. 329 F Supp 2d 109 (D D C, 2004).
17. *FTC v Food Town Stores, Inc*. 539 F 2d 1339 (US 4th Circuit Court, 1976).
18. *FTC v Harbour Group Investments*. No 90-2525 (D D C, 1990).
19. *FTC v Heinz/Beech Nut*. 246 F 3d 708 (D C Cir , 2001).
20. *FTC v University Health, Inc*. 938 F 2d 1206 (US 11th Circuit Court, 1991).
21. *Golden Grain Macaroni Co v FTC*. 472 F 2d 882 (US 9th Circuit Court, 1972).
22. *Greater Buffalo Press, Inc*. 402 U.S. 549 (Supreme Court of the United States, 1971).
23. *Heattransfer Corp v Volkswagenwerk*. 553 F 2d 964 (US 5th Circuit Court, 1977).
24. *HMV Group plc/Zavvi Retail Limited*. ME/4036/09 (Office of Fair Trading, 28. april 2009. a).
25. *International Shoe Co v FTC*. 280 U.S. 291 (Supreme Court of the United States, 1930).
26. *Kaiser Aluminium&Chem Corp v FTC*. 652 F 2d 1324, 1339 (7th Circuit Court, 1981).
27. *Kali und Salz*. Joined cases C-68/94 and C-30/95 (European Court of Justice, 31. märts 1998. a).
28. *Kali und Salz/MdK/Treuhand*. IV/M308 OJ L186/38 (European Commission, 1994).
29. *Lloyds TSB/HBOS*. (Office of Fair Trading, 2009).
30. *Long Clawson Dairy Limited/Millway* . (Competition Commission, 14. jaanuar 2009. a).
31. *Menzies Distribution Limited/Grays Newsagents (York) Limited*. (Office of Fair Trading, 3. august 2007. a).

32. *Napier Brown Foods plc/James Budgett Sugars Ltd merger inquiry*. (Competition Commission, 28. märts 2005. a).
33. *Newscorp/Telepiù*. COMP/M.2876 (European Commission, 2003).
34. *Papercraft Corp*. 78 FTC 1352 (FTC, 1971).
35. *Pirelli/Edizione Holding/Blu*. IP/02/1183 (European Commission, 20. september 2001. a).
36. *Retail Credit Co*. 92 FTC 1 (FTC, 1978).
37. *Rewe/Meinl*. IV/M.1221 (European Commission, 3. veebruar 1999. a).
38. *United States Steel Corp*. (FTC, 1968).
39. *United States v American technical Indus, Inc*. Trade Cas 74, 873 (M D Pa, 1974).
40. *United States v Black & Decker Mfg Co*. 430 F Supp 729 (D Md, 1976).
41. *United States v Culbro Corp*. 504 F Supp 661 (S D N Y, 1981).
42. *United States v General Dynamics Corp* . 415 US 486 (Supreme Court of the United States, 1974).
43. *United States v Lever Brothers Co and Monsanto Chemical Co*. 216 F. Supp. 887 (D.C.N.Y., 1963).
44. *United States v M P M, Inc*. 397 F Supp 78 (D Colo, 1975).
45. *United States v Pabst Brewing Co*. 296 F Supp 994 (E D Wis, 1969).
46. *United States v Phillips Petroleum Co*. 367 F Supp 1226 (C D Cal, 1973).